الزواج والطلاق
في
رسالات السماء

تأليف

محمد محمد طاهر آل شبير الخاقاني

الزواج والطلاق في رسالات السماء

محمد محمد طاهر الخاقاني

١٤٠٠هـ

طبع على نفقة السيد
ماجد السيد نور الشمَّاع

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة الكتاب

حاولنا تقديم اطروحة حديثة لدراسة الزواج والطلاق في رسالات السماء بما ان المدرسة الاسلامية لها الدور الرئيسي في المباني والقواعد الكلية فقد اشبعنا البحث بما يرتكز عليه موضوع الزاوج والطلاق من حيث الاحوال الشخصية عند الأديان السماوية من اليهودية والنصرانية والاسلامية مع الاشارة إلى المذاهب الاسلامية الأخرى والاحكام الوضعية من عهد الرومان وغيره.

كل ذلك لأجل الكشف عن القوة المبنائية في مسيرة الآراء الفقهية عند علماء الامامية وان لم نأخذها على نحو الدقة والاستدلال التفصيلي في المباني في جميع أبعادها لان ذلك يخرج البحث عن اطاره الاجمالي وانما كان غرضنا التبسيط على القارئ الكريم اضافة إلى أن ما تناولناه في هذا الموضوع المقارن بين المسائل الفتوائية دون المقارنة في مقام الاستدلال الفقهي لاجل ان لا نخرج عن البحث الموضوعي في مجال المقارنة بين المسائل الفتوائية دون المقارنة في المجال الاستدلالي ولاسيما في المباني الاصولية والقواعد الكبروية العامة.

هذا مع أنّا قد أشرنا إلى دور المصادر التشريعية في نظر الأديان وما عليه المصدر التشريعي في نظر الاسلام من الكتاب والسنة وانهما أمران ثابتان لم يعرضهما أي خلل في الحركة التاريخية بخلاف ما عليه الأديان الأخرى فانها محتاجة إلى اثبات دليل قطعي في اسناد هذه المصادر إلى الوحي الالهي من غير أن يتلاعب بها عبر التاريخ بينما الثابت تاريخياً حصول التلاعب وعليه انما أشرنا إليها بما أنها متسمة بالأديان وان كان واقعها الموضوعي مصاغة على نحو التقنين الوضعي وليست على نحو الأديان التشريعية الالهية بنحو الصياغة الالهية النازلة على موسى (ع) وعيسى (ع) وانما سرنا على طبق المنهجية بلحاظ رسالات السماء بما أنها مسماة على ألسنة الانبياء

كما أنه أشرنا إلى ما تقوم عليه ركيزة المذاهب الاسلامية من القواعد وبيان جهة الفرق بين القاعدة القياسية والرأي والاستحسانية وبين القاعدة التي يرتكز عليها مذهب أهل البيت (ع) في هدم تلك القواعد والبناء على الكتاب والسنة من غير الاستناد إلى تلك القواعد في التفريع عليها واعطاء التعريفات السمة التشريعية الالهية الحرة من غير أن تتقيد بضوابط أصولية غير شرعية ويكون نظرهم في مصادر التشريع خصوص الكتاب والسنة وإن كانوا يعملون على طبق الاجماع والعقل بما أنها طرق للكتاب والسنة.

وقد تحدثنا عن ادوار بعض القواعد مثل قاعدة اليد وقاعدة على اليد وما يترتب عليها من الضمان لان الاولى تفيد الملكية والثانية تفيد الضمان.

ثم تعرضنا إلى حقيقة الزواج في نظر الأديان وان لم يرد تعريف حدّي للزواج وان ورد في الارادة الرسولية للكاثوليك بأنه السر الالهي أو كما ورد في مجموعة الاقباط الارثوذكس كما جاء في المادة (١٤١) بانه سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنسية القبطية الارثوذكسية

يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شؤون الحياة (ويثبت بعقد يجريه الكاهن) وعليه يكون المحور ثبوت عقد يجريه الكاهن كما أن البروتستانت اعتمدوا على كونه عقداً أو ورد بأنه نظام قانوني ينشئه اتفاق بين رجل وامرأة على يد الشرع بعد استيفاء الاجراءات المرسومة بقصد تكوين أسرة كما أن الاسلام في جميع المذاهب الاسلامية ربط علاقة الزوج والزوجة بعقد خاص كلفظ زوجت وانكحت مع بيان المهر (الصداق) مع شرط الرضاء بين الطرفين كما عليه نظر اليهود في شرط المهر بخلاف الشريعة المسيحية فانهم لايرونه شرطاً حيث ذكر في مجموعة الارثوذكس (١٩٥٥ في المادة ٦٩) بأنه ليس المهر من اركان الزواج فكما يجوز أن يكون الزواج بمهر يجوز أن يكون بغير مهر كما أنه لم يحدد المهر في الشريعة الاسلامية فقال سبحانه: ﴿**وأتيتم احداهن قنطاراً**﴾ (النساء ٤).

ثم تناولنا الحديث في حكم الانفاق في نظر الديانات الثلاث وأشرنا إلى أن النفقة هل هي من نوع الحق أو الحكم كما أشرنا إلى الحق في نظر القانون الوضعي والتشريعي والفرق بين الحق والحكم وملاحظة الآراء وبيان ادلة النفقة واستعراض النشوز في نظر الديانتين ونظر الاسلام وبيان حقيقة النشوز كما تعرضنا إلى وجوب النفقة للمطلقة الرجعية والحمل والحامل وتحديد النفقة.

كما استعرضنا البحث عن مسألة تعدد الزوجات في الشريعة اليهودية والاسلامية وبيان قسمة الزوجات ومستثنيات القسمة الصغيرة والناشزة من غير خلاف كما ذكره الجواهر وتناولنا الزواج المؤقت في نظر الديانتين وفي نظر الشريعةالاسلامية وفي نظر المذاهب الأربعة وفي نظر أهل البيت (ع).

ثم أخذنا الحديث عن عيوب الرجل والمرأة في نظر الديانات ونظر المذاهب عامة ونظر مذهب أهل البيت (ع) في صورة خاصة.

كما أنه تحدثنا مبحث الطلاق وأنه في نظر الديانة اليهودية يشترط وقوعه أمام السلطة الشرعية كما ورد في المادة (٣٣٦) لمجموعة ابن شمعون وقال كل طلاق من سلطة أجنبية لا يعتبر شرعاً كما ورد في المادة (٣٣٧) ولكن لايعتبر أن تكون السلطة الشرعية واقعة محل الرجل في الطلاق وأنه في نظرهم لايصح الطلاق إلا بمسوغ وأنه يشترط وقوعه بحضور شهود مع كتابة وثيقة على ذلك ويصح الطلاق في نظر اليهود بالمشافهة وبالكتابة.

وأما في نظر الشريعة المسيحية فثبت الطلاق في المذهب الارثوذكس والبروتستانتي بخلاف الكاثوليك.

ونكتفي بهذا العرض الموجز في الزواج والطلاق في نظر الديانتين والاشارة إلى الديانة الاسلامية في ضوء هذه المقدمة راجياً منه سبحانه التوفيق والتسديد وحسن العاقبة وجوار خاتم الاوصياء ليكون شافقاً لنا يوم القيامة أنه سميع الدعاء.

محمد محمد طاهر الخاقاني

/١٤٠٠هـ/

الزواج المقارن

مصادر التشريع:

- مصادر التشريع اليهودي.
- مصادر التشريع المسيحي.
- مصادر التشريع الاسلامي.

تعريف التشريع.

مصادر التشريع الاسلامي.

- الاجتماع والاختلاف بين الأديان.

مصادر تشريع اليهود

يستند كل تشريع الى مصادر رئيسية مستقاة اما من وحي إلهي مدون وإما من تشريع يستمد من سلوك المبلغ أو الهام من الطاقة الالهية .

ويحتاج موضوع بحثنا الى فتح صحيفة عن مصادر تشريع الديانات الثلاث :

أما مصادر تشريع اليهود فتعتمد على التوراة التي هي المصدر الأساسي للشريعة اليهودية .

وتعتمد هذه الديانة على خمسة أسفار : الأولى من كتاب العهد القديم لأنه يحكي عن تكوين العالم من عهد آدم ويسمى هذا السفر التكوين .

أما الثاني فانه يستعرض دور خروج بني اسرائيل ويسمى بسفر الخروج . واما الثالث فأن فيه إعادة للاحكام التي نزلت على موسى وتذكيرا بها ويسمى بسفر اللاويين .

وأما الرابع فانه يحكي لنا دور الاضحيات والذبائح ويسمى العدد .

وأما الخامس فهو في مقام إحصاء بني اسرائيل وأموالهم ويسمى التثنية .

ومصدر التشريع لدى الديانة اليهودية قائم على التوراة كما يوجد لديهم مصدر آخر وهو التلمود .

وقد وقعت ديانتهم على مذهبين :

١ ـ القراءون وهم الذين يعتمدون على نفس التوراة بدون انضمام مصدر آخر في التشريع .

٢ ـ الربانيون وهم الذين يستندون الى إضافة مصدر آخر في التشريع وهو التلمود .

اما سند التوراة فلم يثبت قاطعيتها من زمن موسى وانه قد كتبها أو أنها هي التي أوحي بها اليه حيث قد ثبت ان هذه الاسفار قد كتبت بعد عهده بزمن بعيد كتبها أحبار اليهود أنفسهم وعلى مراحل منذ القرن التاسع الى القرن الخامس قبل الميلاد حتى تكونت على صورتها الحالية [1] .

ومما يؤكد أن موسى (ع) لم يكن هو الذي جاء بها أو انها أنزلت عليه كالنصوص التي تتكلم عن وفاته كما في قوله لا يعرف شخص غيره حتى يومنا هذا سفر التثنية ٦ (اصحاح ٤) .

ويحدثنا الدكتور مختار القاضي ان توراة اليهود المنشودة بين الناس لم تسلم من التزييف على أيديهم لما دأبوا عليه من إظهار بعض أحكامها وإخفاء

(١) التوراة عرض وتحليل ص ٢١ عام ١٩٤٦ د. فؤاد حسنين علي والدكتور مختار القاضي المرجع السابق ص ١٢١ دكتور ثروت الاسيوطي ص ١٣٧ وما بعدها جيديس اليكسي مشار اليه في أحمد غنيم مواقع الزواج في التشريع الاسلامي المقارن رسالة القاهرة /١٥ هامش/١ .

البعض الآخر فيقول حتى اذا أرادوا أن يكملوا ما أبدوه جاؤوا من عندهم بنصوص وقصص وقد ذكرنا في كتابنا علم الاجتماع عن أحكام التوراة الشاملة للعبادات والمعاملات مضافا الى ما تضمنته من عقائد .

اما بالنظر الى التلمود الذي تمسك به الربانيون وجعلوه في عرض التوراة من حيث التشريع وهو على نوعين :

١ ـ المشنة (بمعنى المثنى) أو بمعنى السنة ويطلق على التلمود للتوراة الشفوية التي أوحي بها الى موسى في جبل سيناء حيث أمره المولى أن لا يكتبها وانما يبلغها شفاها .

ولما كانت في عرض الشفه دون التدوين كثرت تأويلات المفسرين فيها من قبل اليهود فقيل انها جاءت كذلك لانها لو كتبت لضاقت عنها الأرض [1] أو لأن المولى شاء أن يميز بها شعب اسرائيل عن سائر الأمم فبلغت شفاهة حتى لا يقلدها المسيحيون كما فعلوا بالتوراة المكتوبة ويدعون انهم هم شعب اسرائيل .

الا انه لما خيف على التلمود من الضياع قام بتدوينها جماعة بإشراف يهوذا وهؤلاء الجماعة المدونة للتلمود عرفوا باسم الثنائيم ويقع التلمود في ستة أجزاء .

٢ ـ الجمرا

وتعتبر الجمرا هي المرحلة الثانية بعد المشنة حيث تناولها رجال الدين بالشرح والتحليل حتى وصل بهم المطاف الى التناقض وتقديم أقوال الرواة بما عليه الجمهور وبهذا تقرر لديهم اعتبار المشنة وما أضيف اليه من

(١) الكنز المرصود في قواعد التلمود روهلنج ص ٣٣ ترجمة الدكتور يوسف نصر الله من اللغة الفرنسية .

تعليقات الترجيح بين أقوال الرواة ويسمى الجمرا وعند ذلك تم سير الاجتهاد عند الربانيين .

وورد في تقديس التلمود ان من درس التوراة فعل فضيلة لا يستحق المكافأة عليها ومن درس المشنة فعل فضيلة استحق أن يكافأ عليها ومن درس الجمرا فعل أعظم فضيلة[1] .

حتى وصل فيهم المغالاة حيث اعتبروا أقوال علماء التلمود أفضل مما جاء في شريعة موسى نبيهم وانها لا يمكن نقضها ولا تغييرها ولو بأمر الله .

بينما مذهب القرائين لا يعترفون بالتلمود بانه كتاب منزل من قبل الله سبحانه ويرون ان المولى لم يوح لموسى سوى التوراة وحدها ويعملون بالعقل لاستخلاص الأحكام الشرعية من دائرة التوراة مع إمكان القياس على أحكامها عند عدم وجود نص بالمورد ويتمسكون بالاجماع فيما لا يخالف الاسفار وهم في ذلك مجتهدون على خلاف الربانيين .

ويذهب القراؤون الى التلمود بما انه شرح وتفسير لا بما هو وحي ويتمسكون به اذا لم يخالف التوراة أو القياس أو الاجماع .

واستدل القراؤون على وحدة التوراة بأدلة :

١ ـ ان القول بتثنية التوراة الى مكتوبة وشفوية لا يتمشى وما هو ملاحظ من ان التوراة قد ذكرت دائماً وفي كل موضع بلفظ المفرد ولم يرد لها ذكر في أي مرة بلفظ المثنى أو الجمع .

٢ ـ ان القول بان المولى قد أمر بعدم كتابة هذه التوراة الشفوية التلمود ينتهي الى ان سبحانه قد قصد ان يوقع بعباده في الخطيئة ما دام انه يعلم مقدما انهم سيضطرون الى كتابتها خوفاً عليها من النسيان وقد كتبوها بالفعل .

---

(١) راجع يوسف نصرالله ص٢ .

٣ ـ ان التلمود لو كان موسى قد تلقاه عن طريق الوحي وانتقل الى غيره بطريق التوراة حتى تدوينه لسلم مما يزخر به الآن من الخلاف والتناقض .

ولليهود طوائف أخرى وهم المقابيين والمكابين وذهبوا الى عفة الجسد واستحقروا الزواج كما حدثنا بذلك افيجدور وسترمارك .

مصادر تشريع المسيحية

تعتمد الشريعة المسيحية على اختلاف طوائفها :

١ ـ الكتاب المقدس وهو العهد الجديد وهو الأناجيل الأربعة وهي التي كتبها رسل السيد المسيح وهم متى ومرقس ولوقا ويوحنا .

وقد ذكرنا في كتابنا علم الاجتماع احكامها ولكننا نستعرض لمحة عن الاحوال الشخصية فان لم يجد المسيحيون نصّاً رجعوا الى العهد القديم (التوراة) ولذا ان شريعة عيسى لم تعتبر ناسخة وانما هي مكملة ولذا يقول المسيح (ع) انما جئت لأكمل الناموس ويقصد بالناموس هي الشريعة فتقول الأناجيل على لسان المسيح ما جئت لانقص بل لأكمل راجع متى اصحاح ١٧ ويحتوي على عهدين القديم والجديد . والأول عدد اسفاره ٤٦ سفرا وهي محتوية على تاريخ وشعر وحكمة ونبوءة والثاني يتضمن ٢٧ سفراً وعلة الاختلاف في أسلوب تدوين الروايات بين الأناجيل الأربعة راجعة الى ظروف المكان والزمان الذي كتبت فيه من قبل التلاميذ فمتى كتب انجيله لليهود باللغة الارامية وقد فقدت هذه النسخة بعد ان ترجمت الى اليونانية أما مرقس تلميذ بطرس فقد وجّه انجيله الى الرومانيين باللغة اليونانية ولان هذا الشعب مغرم بالقدرة والعظمة .

أما لوقا تلميذ بولس فكان مثقفاً وطبيباً ومصورا وخبيرا باللغة اليونانية ووجه انجيله لليونانيين والرومانيين المتنصرين حديثاً فاظهر لهم ان رحمة المخلص ـ المسيح ـ لم تنحصر في فئة من الناس دون أخرى وقد انفرد انجيله بايراد أمثال الرحمة كالخروف الضال والابن الشاطر حتى دعي بانجيل الرحمة .

أما يوحنا فقد كتب بعد مائة سنة من المسيح لذلك اختلف عن الأناجيل السابقة وقد كتبه باليونانية ليحاج دعاة الضلال المتنكرين لناسوت المسيح أو لاهوته(1) ، والانجيل الذي يقرأ حالياً منقول عن المخطوطات الكبرى على الجلد التي تعود الى القرن الرابع منها المخطوطة الفاتيكانية وقد نسخت حوالي سنة ٣٤٨ م والمخطوطة السينائية وقد نسخت ما يقارب ٣٣١ والمخطوطة الاسكندرية التي ترقى الى القرن الخامس وهناك مخطوطة رابعة معروفة بالافرامية لان نص الكتاب والانجيل قد محي وكتب عليه مواعظ (مار افرام) .

ففي الفاتيكان والمتحف البريطاني وباريس توجد ثلاث مخطوطات أصلية وقد اكتشف شتربيتي مجموعة تشتمل على جزء كبير من الأناجيل وهي ترجع الى القرن الثالث وفي سنة ١٩٥٦ اكتشف مارتان بودمير أوراق بردى تتضمن انجيل يوحنا كاملاً مع أجزاء من انجيل لوقا ترجع الى أواخر القرن الثاني .

أما المخطوطات العربية فموجودة الآن في دير سيناء منها أعمال الرسل والرسائل الجامعة في القرن الثامن الميلادي ومنها المزامير بالخط الكوفي مع النص اليوناني وهي في العام ٨٠٠ م اما الأناجيل الأربعة فقد ترجمت للعربية

---

(١) الناموس طبيعة المسيح البشرية واللاهوت طبيعته الالهية .

منذ عهد يوحنا الثالث بطريرك السريان الانطاكي ٦٣١ ـ ٦٤٨ م وطبعت لأول مرة في رومية سنة ١٩٥١ [1] .

٢ ـ قوانين الرسل

تعتبر قوانين الرسل المصدر الثاني بعد الكتاب وهي المصدر الأول للفقه المسيحي ويعزى تاريخ هذه القوانين الى القرن الثاني والرابع الميلاديين .

وكان سبب هذا التمسك الى أقوالهم لان العالم المسيحي آخذ في الانتشار والتوسعة واحتاج المجتمع الى أحكام فرعية وظهر عدم كفاية ما تضمنته الأناجيل من أحكام (وقد نسبت هذه الكتابات الى الرسل لاضفاء صفة القدسية عليها لدى كافة المؤمنين بالديانة المسيحية) .

وتتضمن هذه القوانين خمسة كتب :

١ ـ فقه الرسل الاثني عشر تاريخه في القرن الثاني ويطلق عليه باسم الدياخاء .

٢ ـ كتاب تعاليم الرسل تاريخه في القرن الثالث ويعرف باسم الدسقولية .

٣ ـ المرسوم الكنسي المصري تاريخه في القرن الثالث .

٤ ـ القواعد الشرعية اللاحقة للصعود تاريخه اما القرن الثالث أو الرابع .

٥ ـ القواعد الكنسية تاريخه أيضاً اما الى القرن الثالث أو الرابع .

٣ ـ قرارات المجامع

ويقصد بهذه المجامع وهي المجالس التي يحضرها رجال الكنيسة ما بين وقت وآخر وذلك لوضع أسس التعاليم المسيحية أو لمناقشة ما قد توجد أفكار

(١) راجع الحسين في الفكر المسيحي انطون بارا ص ٣٢ ـ ٣٤ .

جديدة قد حصلت لدى بعض رجال الدين كما يبدو من عقيدة الاقباط وتطور أفكارها وتنقسم المجامع الى اتجاهين :

١ ـ مجامع عامة وتسمى أيضاً بالمجامع المسكونية ويراد بها أن تجتمع كافة المطارنة الكنسية في العالم المسكون وتتمسك به كافة المجتمعات المسيحية .

وقد اجتمع أعضاء المجامع الكنسي ثمانية مواقع قد اعترفت الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بأربعة وهي :

أ ـ مجمع نيقية انعقد في نيقية عاصمة بثنية بآسيا الصغرى في «٣ مايو سنة ٣٢٥ ميلادية» .

ب ـ مجمع القسطنطنية انعقد في مدينة القسطنطنية سنة ٣٨١ ميلادية بأسباب محاكمة مكدونيس واوسابيوس وابوليناريوس .

ج ـ مجمع أفسس الأول انعقد سنة ٤٣١ ميلادية بأسباب محاكمة أصحاب البدع وهم بيلاجيوس ونسطور .

د ـ مجمع خلقيدونية انعقد سنة ٤٥١ ميلادية .

أما المجامع الأربعة الأخرى وأهمها مجمع خلقيدونية الذي انعقد سنة ٤٥١ ميلادية ومجمع ترنت الذي انعقد سنة ١٥٦٣ ميلادية فلا تعترف بها الكنيسة القبطية أما الكنيسة الكاثوليكية فتعتمد على هذه القرارات كلها .

ولكن على العكس من ذلك فان البروتستانت لا يعيرون أهمية لهذه القرارات كلها .

٢ ـ مجامع محلية

وهي التي تنعقد بين أساقفة كنائس اقليم معين إلا أن قراراتهم تكون في إطار ذلك الاقليم ولا تتعدى إلى غيره .

٣ ـ العرف

يعتبر العرف من المصادر المهمة في التشريع المسيحي إلا انه يلحظ بحسب كل طائفة عرفها الخاص فالارثوذكس له عرف والكاثوليك كذلك وكذا بالنسبة الى البروتستانت إلا أن يكون النص الكتابي أو الاجماع على خلاف ذلك فلا يكون حجة يتمسك به .

٤ ـ آباء الكنيسة في مراسيمهم الدينية

قد تصدر تعاليم من قبل البطاركة والمطارنة يوجهونها الى الكهنة لتنظيم شئون تلك الطائفة وقد تتضمن تلك المراسيم قواعد شرعية ألزم أفراد تلك الطائفة باتباعها حتى أصبحت هذه المراسيم أهم من عقد المجامع لعدم أهميتها بعد قلة الالتجاء إليها .

أو تقوم المراسيم على تدوين بعض القواعد لتنظيم المعاملات من قبل آباء الكنيسة ورهبانها ولكن قد خالف في ذلك البروتستانت وقالوا بعدم التمسك بآراء رجال الدين كمصدر تشريعي ويتمسكون بالاجتهاد عند عدم النص الكتابي بينما فقه آباء الكنيسة يستندون على الكتاب فالذي يسير على وفق رجال الكنيسة في العصور التي انفصلت بعض الكنائس بعضها عن البعض فمثلا عندما انفصلت كنيسة الاسكندرية عن كنيسة روما فان مراسيم رؤساء هذه الكنيسة أو فقه آبائها لم يعد يعتبر مصدراً لشريعة الأقباط الأرثوذكس حيث يتمسكون بمراسيمهم الخاصة وكذا الحكم بالنظر الى الكاثوليك .

وقد صدر بعض المصادر في العصور المتأخرة حتى أصبحت أحكاماً مستخلصة عن الفقه المسيحي كما حدث ذلك في مجموعة ابن لقلق وهي خاصة للاقباط الارثوذكس في الأحوال الشخصية .

اما بالنظر الى الكاثوليك فتحكم الان زواج جميع الطوائف الشرقيين منهم ارادة رسولية صدرت سنة ١٩٤٩ .

وبالنسبة الى البروتستانت أقرت الحكومة سنة ١٩٠٣ احكاما في الأحوال الشخصية والذي نلاحظه ان ما جاء من قبل القانون الكنسي ليس بمصدر مباشر لواقع الدين المسيحي وانما جاء من قبل رجال الكنيسة ونقدم لديك أضواءً حول الانجيل اذ يقول المسيو ايتين الفرنسي اما ان الله سبحانه قد أوحى الانجيل الى عيسى بلغته ولغة قومه فالذي لا شك فيه ان هذا الانجيل قد ضاع واندثر ولم يبق له أثر أو انه قد أبيد[١].

ويقول الدكتور نظمي لوقا اذ يقول وأعني بالمسيحية هنا ما جاء به المسيح من نصوص كلامه لا ما ألحق بكلامه وسيرته من التأويل.[٢]

أما تاريخ الأناجيل ففي عهد نيرون ٦٤ م قام بإحراق روما وأحرق المسيحيين فقد أدخلهم نيرون في جلود الحيوانات وقدمهم الى الكلاب وألبسهم جلابيب مطلية بالقار وأشعلهم في الطرقات في الليل للاستصباح وبهذه الفترة دون انجيل مرقس عام ٦١ وانجيل لوقا.

وجاء في عهد تراجان ١٠٦ م ومنع المسيحيين من الصلاة والتجمعات السرية وكان بلين والياً في آسيا قد اخذهم بالقتل الشنيع ومر عليهم اضطهاد في عصر ديسيوس ٤٩ ـ ٢٥١ م حتى أوجب لبعض المسيحيين الفرار بدينه من شدة الخوف والاضطهاد وجاء أيضاً في عهد دقلديانوس الروماني ٢٨٤ م حتى قتل منهم أربعين ومائة الف في مصر.

أما دور متى فكان عشارا يجمع الضرائب للدولة الرومانية قبل المسيح واختاره المسيح تلميذاً وقد اختلف في انجيله بأي لغة هل في اللغة اليونانية أم السريانية أو العبرانية أما تاريخ تدوينه فقال هورن يقول ألّف الانجيل الأول

---

(١) أشعة خاصة بنور الايمان ص ٤١ ـ ٤٢.

(٢) الرسالة والرسول ص ٥٨.

سنة ٣٧ ـ ٣٨ ـ ٤٣ ـ أو ٦١ ـ أو ٦٣ ـ أو ٦٤ ـ ولم يذكر التحديد وانما ذكرها مجملة .

أما تاريخ انجيل مرقص ومرقص هو من أصل يهودي ولم يكن تلميذاً وقد قتله الرومانيون سنة ٦٣ م وكان ينكر ألوهية المسيح وأستاذه بطرس الحواري وتاريخ الانجيل قد اختلف فيه فيقول هورن ألّف الانجيل الثاني سنة ٥٦ م وما بعدها الى سنة ٦٥ م ويغلب عام ٦٠ م أن يكون سنة التدوين له أو سنة ٦٣ .

أما لوقا فكان طبيباً انطاكياً وقيل انه روماني كما حدثنا بذلك الدكتور بوست وذكر انه كان مصوراً وكانت لغة تدوينه للانجيل هي اليونانية فيرى الدكتور ابراهيم سعيد (مصري) انه كتب لليونان وان انجيل متى كتب لليهود وان انجيل مرقص كتب للرومان وانجيل يوحنا كتب للكنيسة العامة ويرى الدكتور بوست ان هذا الانجيل كتب قبل خراب أورشليم ويرجح انه كان في فترة القبض على بولس بين عامي ٥٨ ـ ٦٠ م ويقول لارون ان انجيل لوقا قد تحرر بعد موت بطرس وبولس ويقول هورن الف الانجيل الثالث سنة ٥٣ أو سنة ٦٣ أو ٦٤ ومن المجموع ان التاريخ مردد واتفق انه ليس من تلاميذ المسيح اما انجيل يوحنا فاختلف في ذات يوحنا هل هو الحواري ابن الصياد أو غيره وذكرت دائرة المعارف البريطانية اما انجيل يوحنا فانه لا مرية ولا شك كتاب مزور أراد صاحبه مضادة اثنين من الحواريين بعضهما بعضا وهما القديسان يوحنا ومتى فالدكتور بوست يرى انه ألف في الفترة بين ٩٥ ـ ٩٦ ـ ٩٨ ويقول جرجس زوين انه الف في عام ٩٦ وذكر هورن الف الانجيل الرابع سنة ٦٨ أو ٦٩ أو ٧٠ أو ٨٩ أو ٩٨ .

ويقول يوسف الخوري ان يوحنا صنف انجيله في آخر حياته بطلب من أساقفة آسيا وغيرها والسبب انه كانت هناك طوائف تنكر لاهوت المسيح

فطلبوا منه اثباته وذكر ما اهمله متى ومرقص ولوقا في أناجيلهم[1].

وبهذا الطرح الاجمالي يقع لديك مجموعة من التساؤلات عن جهالة المدونين النسبية والمهنية واللغوية وكتبوها لجماعة خاصة بحسب محيط فكر خاص ورغبات خاصة أملتها عدة بيئات مختلفة وانها دونت بعد المسيح وليست في زمانه وان أصولها معترف بضياعها من أهلها وان ترجمة بعضها غير موثوق فيه لضياع الأصل أو لجهل المترجم وانها تعبر عن دور قصة وتاريخ وليست عن نص رسالي كما يبدو من ظاهر القرآن .

نجد انجيل متى ٢٧/ ٥١ ـ ٥٢ يحدثنا عن قصة صلبه وانه صرخ صرخة قوية واذا ستار الهيكل قد انشق شطرين من الأعلى الى الأسفل وزلزلت الأرض وتصدعت الصخور وتفتحت القبور .

ويذكرنا أيضا متى ٢٧ ٢ ـ ٢ وبعد ثلاثة أيام من دفن عيسى حدث زلزال شديد وهبط ملاك الرب نازلا من السماء ودحرج حجر القبر الضخم وقعد عليه وكان هذا إيذاناً بقيامة المسيح من بين الأموات صاعداً الى السماء كما جاء في الآية التي نزلت يوم مولده .

وبهذه الملاحظة الخاطفة نجد ان الانجيل الفعلي أمر حكائي في زمان متأخر عن حياة المسيح ومضامينه عن المسيح تحتاج الى اثبات قطعي دون مجرد الظن ان تم وجوده والا كان في سلسلة التشكيك .

ويذكر يوحنا ١٩ ـ ٣٦ لن يكسر له عظم وهي حكاية بعد قتله ثم ان مجموع الشريعتين والهيئات المقررة للتشريع ولا سيما الهيئات الوضعية فانها مشربة بعضها من الفكر الاسلامي كما تلاحظ الأرقام التاريخية في مجموعة بن شمعون وشعار الحضر والتشريع الكاثوليكي والبروتستاني والارثوذكسي مع غزو الاسلام للمناطق اليهودية والمسيحية ودخولهم تحت ذمة الاسلام .

---

(١) راجع تحفة الجبل .

مصادر التشريع الاسلامي

قبل تناولنا لمصادر التشريع الاسلامي لابأس ان نعرفك على القاعدة القانونية التي يتصف بها التشريع وهي ترتكز على خطين :

١ ـ المصادر الموضوعية وهي المادية .
٢ ـ المصادر الرسمية وهي الشكلية .

ويقصد بالموضوعية وهي المادة التي ارتكزت عليها القاعدة وتدخل في اطارها العوامل الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية .

واما المصادر الرسمية وهي التي تشكل صورة الزامية للمخاطبين فالتشريع يعكس عن صورة الإلزام والحكم .

ويعتبر القانون الوضعي العرف بانه أول مصدر رسمي للقانون في تاريخ حياة الانسان ويراد به اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية الا أن قلّت أهميته عندما تشعبت روابط الانسان وكثرت تعاريجه احتاج الى قواعد تنظم حياته فجاء الدين ينظم حياة البشرية الا انه عند قادة الوضعيين اعتبروا الدين في دور التضاؤل عن السير مع ركب الحياة وتطورها فلا بد من حصول مجتمع يقنن أحكاما لتنظيم المجتمع للوفاء بحاجاتها فكان التشريع في نظرهم أهم المصادر والعرف يقع في المرحلة الاحتياطية .

تعريف التشريع

قد عرفه علماء القانون هو وضع القواعد القانونية في صورة مكتوبة بواسطة السلطة المختصة بذلك .

ولكن لما كان الميزان في حديثنا قد تناول المصادر الرسالية فيكون تعريف التشريع هو القواعد والاحكام الكلية المتعلقة بأفعال المكلفين

ولا يحدد التشريع في صورة الكتابة أو السلطة المختصة وانما هو حكم إلهي يبلغه شخص خاص أو من ينوب عنه نيابة واقعية وحيث ذكرنا مصادر الديانتين اليهودية والمسيحية كان من المناسب أن نقدم مصادر التشريع الاسلامي .

مصادر التشريع الاسلامي

أما نظرة التسنن في هذا الميدان فتقوم على أمور :

١ ـ الكتاب العزيز :

وهو المصدر الرئيسي في التشريع فالنصوص القرآنية من العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية من الزواج والطلاق والميراث تكون أحكاماً دستورية يجب الالتزام بها وقال سبحانه ﴿ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء﴾ ـ سورة النحل آية ٨٩ .

فقد تناول القرآن الحكم والملك والسلطان والولاية والامارة والسيادة والقضاء والحرب والسلم والمعاهدة وحقوق الأفراد وحقوق المجتمع بعضها مع بعض وحرياتهم وحقوق الحاكم وأهل الذمة وهم المواطنون من الأقليات الدينية والشورى .

الا فانظر الى بعض الآيات التي ترشدنا الى دور سلطة الحاكم والقضاء قوله سبحانه ﴿وان احكم بينهم بما أنزل الله﴾ ـ المائدة ٤٩ .

وقوله تعالى ﴿وإذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل﴾ ـ النساء ٥٨ .

وأشار في دستور الحرب قوله تعالى ﴿قاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة﴾ ـ التوبة ٣٦ وفي السلم قوله ﴿وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله﴾ الأنفال ـ الآية ٦١ .

والالتزام بالمعاهدة قوله تعالى ﴿وان استنصروكم في الدين فعليكم النصر الا على قوم بينكم وبينهم ميثاق﴾ ـ الأنفال٦٣ .

وأشار الى الزواج في قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء إلا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخت وأمهاتكم اللائي أرضعنكم واخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من أصلابكم وان تجمعوا بين الأختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما والمحصنات من النساء إلا ما ملكت ايمانكم كتاب الله عليكم﴾ ـ النساء ٢١ ـ ٢٢ ـ ٢٣ .

وقال سبحانه ﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو اعجبكم أولئك يدعون الى النار والله يدعو الى الجنة والمغفرة باذنه﴾ ـ البقرة ٢٢١ .

وسوف نستعرض أحكام الزواج بعد تقديم أحكامه في الديانتين والامامية أيضا حيث تعتبر أول مصدر أساسي في التشريع فسند القرآن قطعي ودلالته ظنية لان فيه المحكم والمتشابه والناسخ والمنسوخ والعام والخاص والمطلق والمقيد .

٢ ـ السنة النبوية :

ويراد بها قول الرسول وفعله أو تقريره وقد بين القرآن الالتزام بإطاعة الرسول فقال سبحانه ﴿قل أطيعوا الله والرسول﴾ ـ سورة آل عمران ٣٢ .

وقال سبحانه ﴿من يطع الرسول فقد أطاع الله﴾ ـ النساء ٨٠ . وقوله تعالى ﴿وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ .

ومما يفرق القرآن بين الاتجاهين وهما الكتاب والسنة قوله تعالى ﴿فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول ان كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ ـ النساء ٥٩ وذكر الشوكاني قال الحاصل ان ثبوت حجية السنة المطهرة واستقلالها بتشريع الاحكام ضرورة دينية ولا يخالف في ذلك الا من لا حظّ له في دين الاسلام .[١]

والسنة قد تثبت بخبر الاحاد وقد تثبت بخبر التواتر .

ويبدو ان الحنابلة والشافعية والظاهرية يتمسكون بالسنة وانها احد مصادر التشريع ولو كانت عن طريق الخبر العدل الضابط .

الا ان المالكية والحنفية انفردوا باشتراط شروط إضافية للعمل بسنة الاحاد كاشتراط المالكية عدم مخالفة سنة الاحاد لعمل أهل المدينة بحجة ان عمل أهل المدينة بمنزلة السنة المتواترة لانهم توارثوا العمل بها عن أسلافهم عن الرسول (ص) فكان عملهم بمنزلة السنة المتواترة والمتواتر يقدم على الاحاد .

واشترطت الحنفية أن لا تكون سنة الآحاد مخالفة للقياس الصحيح والأصول والقواعد الثابتة في الشريعة[٢] .

وذكر الدكتور عبدالكريم زيدان في الوجيز في أصول الفقه أدلة على التمسك بخبر الاحاد أولا تواتر عن الرسول ارساله امراءه وقضاته ورسله الى الافاق والى الدول المجاورة وهم احاد ولا يرسلهم الا لقبض الصدقات وحل العهود وتقريرها وتبليغ احكام الشرع وكان صلى الله عليه وسلم يلزم أهل

---

(١) ارشاد الفحول ٣٣ .

(٢) الوجيز في أصول الفقه الدكتور عبدالكريم زيدان ص ١٤٥ .

النواحي بقبول تبليغ من يرسلهم اليهم ولو لم يكن خبر الواحد حجة ملزمة لما ألزمهم بذلك (١) .

ثانياً : أحاديث النبي الكريم التي تأمر المسلمين بالأخذ بخبر الواحد ومنها قوله عليه الصلاة والسلام نظر الله عبدا سمع مقالتي فحفظها ووعاها وأداها فرب حامل فقه غير فقيه ورب حامل فقه الى من هو أفقه منه (٢) .

قال الشافعي في شرح هذا الحديث فلما ندب الرسول الى استماع مقالته وحفظها وأدائها امرءً يؤديها والامرؤ واحد دل على انه لا يأمر ان يؤدي عنه إلا ما تقوم به الحجة على من ادى اليه .

ثالثاً : تواتر عن الصحابة العمل بسنة الاحاد في وقائع لا تحصى ذكر الامام الشافعي كثيرا منها مفصلة وفي مختلف أحكام المعاملات دون استثناء مما لا مجال لتفصيله هنا ثم ذكر مثله عن التابعين وتابعيهم أيضاً مما يؤكد انهم جميعاً يأخذون بخبر الاحاد سنة ملزمة .

رابعاً : والقرآن الكريم أثبت لزوم الأخذ بخبر الواحد قال الشافعي في كتاب الله تعالى دليل على ما وصفنا قال تعالى ﴿انا أرسلنا نوحاً الى قومه﴾ ثم ذكر الآيات التي تخبر عن ارسال ابراهيم وهود وصالح وشعيب ولوط ومحمد (ﷺ) الى أقوامهم وأممهم مما يدل على ان الحجة تقوم بالواحد (٣) .

ولكن يمكن للمناقشة مع هذا الدليل ان أخبار الرسل ليس من نوع الخبر الواحد وانما هم مبلغون ومشرعون وفرق بين الحاكي والمشرع .

وقد ذهب اكثرية الامامية الى التمسك بأخبار الاحاد واستدلوا بأدلة من الآيات والروايات فالآيات في قوله تعالى ﴿لولا نفر من كل فرقة ليتفقهوا

(١) الوجيز في أصول الفقه الدكتور عبدالكريم زيدان ص ١٤٣ .
(٢) الرسالة للشافعي ص ٤٠١ .
(٣) السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي الدكتور مصطفى السباعي ص ١٩٤ .

ولينذروا قومهم اذا رجعوا اليهم لعلهم يحذرون﴾ ـ التوبة ١٢٢ . ونجدها من الآيات التي لا يسعنا طرح جميع الأدلة في هذا الميدان كما في قوله تعالى ﴿اسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون﴾ ـ النحل ٤٣ وبهذا ان سنة الاحاد يمكن ان يستنبط منها الحكم الشرعي وان لم يتمسك به جماعة من علماء التسنن والامامية إلا ان الغلبة التمسك بخبر الاحاد وقد ذكرناه في كتابنا دراسات أصولية مفصلا أما ثبوت السنة في الأصول العقائدية فلا يثبت بخبر الاحاد وانما تستقر دعائمها على التواتر والاخبار القطعية ويرى الامامية تعميم السنة حتى لسنة آل البيت (ع) مما صدر عن الأئمة الاثني عشر وليس بيانهم للاحكام من نوع رواية السنة وحكايتها ولا من نوع الاجتهاد في الرأي والاستنباط من مصادر للتشريع بل هم أنفسهم مصدر التشريع فقولهم سنة لا حكاية واما ما يصدر عن لسانهم من أحاديث أو روايات لقول النبي (ص) فهي إما لأجل نقل النص كما يتفق في نقلهم لجوامع كلمة واما لاجل إقامة الحجة على الخبر واما لغير ذلك من الدواعي كما ان التسنن ذهبوا الى التوسعة في السنة الى الصحابة قال الشاطبي سنة الصحابة (رض) سنة يعمل بها ويرجع اليها [1] .

واما علاقة السنة مع الكتاب .

اما بنحو توافق السنة لما في القرآن .

واما بنحو البيان لما أريد بالقرآن .

واما ان تكون كاشفة لحكم سكت القرآن عنه .

واما ان يقع الاختلاف بين السنة والكتاب الا انه يمكن الجمع بينهما بنحو الحمل كحمل المطلق على المقيد والخاص على العام وقد لا يمكن الجمع بينهما كما في صورة التباين فيطرح ويتمسك بالكتاب .

---

(١) الموافقات ٤/٤٠ .

٣ ـ الاجماع

وقد عرفه علماء التسنن هو اتفاق المجتهدين من الأمة الاسلامية في عصر من العصور على حكم شرعي بعد وفاة النبي (ص) [١] وعرفه البزدوي بانه عبارة عن اتفاق المجتهدين من هذه الأمة في عصر على أمر من الأمور [٢] وعرفه الغزالي بانه اتفاق أمة محمد (ص) خاصة على أمر من الأمور الدينية [٣] ويكون المحصل لهذا التعريف انه اذا اجمع المجتهدون على حكم شرعي يتعلق بمسألة من المسائل الفرعية فان هذا الاجماع يكون حجة ويلزم العمل على وفقه .

ومدرك التمسك بالاجماع ما ذكره السيوطي في الجامع الصغير قوله (ص) ان أمتي لا تجتمع على ضلال[٤] الا ان مدركه غير ثابت .

وقال الغزالي ان قوله تعالى ﴿وما اختلفتم فيه من شيء فحكمه الى الله﴾[٥] فيها دلالة على حجية الاجماع حيث يقصد بالمفهوم منها ان ما اتفقتم عليه فهو حق .

ولكن دلالة الآية غير واضحة في الرجوع الى حجية الاجماع وانما في صدد المنازعة والرجوع الى حكم الله العادل في دور القضاء دون ملاحظة اتفاق الأمة .

والذي يبدو ان الاجماع كاشف عن الحكم الواقعي ولا يقع مصدرا للتشريع ولا بد ان نفكك بين الكاشفية والمعنى الحرفي وبين ما ذاته الاستقلالية والنظر الى ذاته من حيث كونها قسيما للتشريع وقد حدد الامام

(١) الوجيز في أصول الدين الدكتور عبدالكريم زيدان ص ١٥٢ .
(٢) كشف الأسرار ص ٣٣٧ .
(٣) ارشاد الفحول ٧١ .
(٤) الجامع الصغير ص ٨٨ .
(٥) المستصفى ج ١ ص ١٧٤ .

الغزالي دائرة الاجماع في الأمور الدينية امثل الاجماع على حكم مسألة لغوية أو فلكية أو هندسية أو نحوها فلا يعتبر اجماعاً .

وبهذا سار في هذه النظرية الدكتور عبدالحميد متولي قال لا مكان الاجماع في العصر الحديث بين مصادر الشريعة الاسلامية وبخاصة بصدد الاحكام الشرعية الدستورية [1] .

أما نظر الامامية :

فقد ورد في المعتبر قال واما الاجماع فهو عندنا حجة بانضمام المعصوم فلو خلا المائة من فقهائنا عن قوله لما كان حجة ولو حصل في اثنين لكان قولهما حجة لاعتبار اتفاقهما بل باعتبار قوله (ع) فلا تغتر اذا بمن يحكم فيدعي الاجماع باتفاق الخمسة والعشرة من الاصحاب مع جهالة قول الباقين .

وذكر صاحب المعالم قال الحق امتناع الاطلاع عادة على حصول الاجماع في زماننا هذا وما ضاهاه من غير جهة النقل اذ لا سبيل الى العلم بقول الامام (ع) كيف وهو موقوف على وجود المجتهدين المجهولين ليدخل في جملتهم ويكون قوله مستورا بين أقوالهم وهذا مما يقطع بانتفائه فكل اجماع يدعى في كلام الاصحاب مما يقرب عن عصر الشيخ الى زماننا هذا وليس مستنداً الى نقل متواتر أو احاد حيث يعتبر أو مع القرائن المفيدة للعلم فلا بد ان يراد به ما ذكره الشهيد من الشهرة واما الزمان السابق على ما ذكرناه المقارب لعصر ظهور الأئمة (ع) وامكان العمل بأقوالهم فيمكن فيه حصول الاجماع والعلم به بطريق التتبع والى مثل هذا نظر بعض علماء أهل الخلاف حيث قال الانصاف انه لا طريق الى معرفة حصول الاجماع إلا في زمان الصحابة حيث كان المؤمنون قليلين يمكن معرفتهم باسرهم على التفصيل .

قال صاحب الحدائق في المقدمة الثالثة وبالجملة فانه لا شبهة ولا ريب

---

(١) مبادىء نظام حكم الاسلام ص ٢١١ .

في انه لا مستند لهذا الاجماع من كتاب ولا سنة وانما يجري ذلك على مذاق العامة ومخترعاتهم ولكن جملة من أصحابنا قد تبعوهم فيه غفلة كما جروا على جملة من أصولهم في مواضع عديدة مع مخالفتها لما هو المستفاد من الاخبار (١) وقال الشيخ الطوسي والذي نذهب اليه ان الأمة لا يجوز أن تجتمع على خطأ وان ما يجمع عليه لا يكون الا صواباً وحجة لان عندنا انه لا يخلو عصر من امام معصوم حافظ للشرع يكون قوله حجة يجب الرجوع اليه كما يجب الرجوع الى قول الرسول (ص) (٢) .

وأركان الاجماع ثلاثة في ملخص الأقوال :

١ ـ ان يوجد في عصر وقوع الحادثة أو افتراضها عدد من المجتهدين أو غيرهم لان الاتفاق على حكمها لا يتصور الا في عدة آراء يوافق كل رأي منها سائرها بعد تصورها .

٢ ـ ان يتفق على الحكم الشرعي في الواقعة جميع من اعتبر اتفاقهم من المسلمين في وقت وقوعها .

٣ ـ ان يكون اتفاقهم بإبداء كل واحد منهم رأيه في الواقعة سواء كان الرأي في القول أم الفعل أم السكوت (٣) .

وينقسم الى محصل ومنقول وصريح وسكوتي ويقصد بالمحصل هو الذي يحصله الفقيه بنفسه بتتبع أقوال أهل الفتوى ويراد بالاجماع المنقول الذي لم يحصله الفقيه وانما ينقله له من حصله من الفقهاء سواء كان النقل له بواسطة أم بوسائط واما بالنظر الى الاجماع الصريح وهو ان يصرح كل واحد من المجتهدين بقبول ذلك الرأي المنعقد عليه وهو حجة عند الجمهور .

---

(١) الحدائق ج ١ ص ٣٩ .

(٢) عدة الأصول ٢/٦٤ .

(٣) أصول الفقه لابي زهرة ١٩٥ ـ ١٩٦ .

واما بيان الاجماع السكوتي وهو أن يذهب واحد من أهل الاجتهاد الى رأي ويعرف في عصره ولا ينكر عليه منكر ولكن الشافعي أنكر مثل هذا النوع وتبعه جماعة كثيرة[1] .

والذي يبدو لنا ان الاجماع ان كان قول المعصوم مع المجمعين فهو حجة لا يمكن انكاره الا أن اثباته في زمن الغيبة متعسر وجوده .

فالبحث فيه على أنحاء

١ ـ من حيث كاشفيته عن الحكم الواقعي .

٢ ـ كونه مصدرا للتشريع وقد ذكرنا انه لا يصح ذلك لوقوعه كاشفا ومرآة للحكم الواقعي .

٣ ـ انه حجة شرعية ام لا .

وقد ذكر انه حجة كباقي الأدلة الأخرى اذا انضم اليها قول المعصوم ولكن حيث ان الغالب في الاجماعات اما مدركية او متصيدة من آراء العلماء فلذا يشكل التمسك بها في أول مرحلة وان استقر كيانه فهو حجة يتمسك به ولا يمكن انكاره .

٤ ـ الاجتهاد

يعتبر علماء التسنن والقانون ان الاجتهاد من مصادر التشريع .

ويعرف الاجتهاد هو بذل الجهد والطاقة لاستنباط الحكم الشرعي عن دليله لا يكون بالهوى ولا كيفما اتفق وانما وفق مناهج معلومة وقواعد وضوابط مرسومة تجنب المجتهد الخطأ والعثار .

وقد توسع التسنن إلى إعطاء حق لولي الأمر في الاجتهاد كما للمجتهد كذلك وورد عن ابن العاص قال رسول الله (ص) لعمرو بن العاص احكم

---

(١) الاجتهاد أصوله وأحكامه السيد محمد بحر العلوم ص ٧٤ ـ ٧٥ .

في بعض القضايا فقال اجتهد وانت حاضر فقال نعم ان اصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر [1] ولكن الحديث من الموضوعات وقال ابن عقبة قال الرسول (ص) لعقبة بن عامر ولرجل من الصحابة اجتهدا فان أصبتما فلكما عشر حسنات وان أخطأتما فلكما حسنة [2] الا انه من الموضوعات كما ذكر الجوزقاني وذكر الحديث من جملة الموضوعات وسرت نظرية الاجتهاد في عصر الخليفة عمر في رسالته الى شريح القاضي حيث قال : فإن أتاك ما ليس في كتاب الله ولا بسنة رسول الله (ص) ولم يتكلم فيه احد فإن شئت أن تجتهد رأيك فتقدم وان شئت أن تتأخر فتأخر [3] .

وقد حصر مفهومه أبو بكر الرازي الى ثلاثة معان :

١ ـ القياس الشرعي لان العلة لما لم تكن موجبة للحكم لجواز وجودها خالية عنه لم يوجب ذلك العلم بالمطلوب فذلك كان طريقة الاجتهاد وهذا هو ما أشار اليه الشافعي عندما سئل عن القياس قال قال فما القياس أهو الاجتهاد أم هما مفترقان قلت هما اسمان لمعنى واحد قال فما جماعهما .

قلت كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم أو على سبيل الحق فيه دلالة موجودة وعلية اذا كان فيه بعينه حكم اتباعه واذا لم يكن فيه بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق فيه بالاجتهاد والاجتهاد القياس .

٢ ـ ما يغلب في الظن من غير علة كالاجتهاد في الوقت والقبلة والتقويم [4] ولكن مثل هذا النوع خارج عن دائرة الاجتهاد لان تشخيص صغريات الموضوعات بيد غيره .

---

(١) المستصفى ٢/١٠٤ .

(٢) المستصفى ٤/١٠٤ .

(٣) أعلام الموقعين ٦١ ـ ١/٦٢ .

(٤) إرشاد الفحول ٢٥٠ .

٣ ـ الاستدلال بالأصول [١] .

أما نظرة علماء الشيعة فهم على زمانيين في العرض :

١ ـ الزمان القديم الذي قال به العلامة الحلي وعرف الاجتهاد بانه استفراغ الوسع من الفقيه لتحصيل الظن بحكم شرعي [٢] وهذا فاقد للعلم وللملكة والوظيفة العملية وعرفه الشيخ البهائي الاجتهاد ملكة يقتدر بها على استنباط الحكم الشرعي الفرعي من الأصل فعلا أو قوة قريبة [٣] ويتضح لديك أن الملك من اثار الاستنباط كما انه ليس بجامع لأفراده .

٢ ـ الزمان الجديد

فذهب استاذنا الكبير الخوئي الى تعريفه بانه استفراغ الوسع في تحصيل الحجة القطعية بالوظيفة من الواقعية والظاهرية [٤] .

وعرف أيضا بانه الاقتدار على ضم الصغريات الى كبرياتها وتطبيق الكبريات عليها واستخراج أحكامها منها [٥] وهذا التعريف أيضاً غير جامع لأفراده .

والذي يبدو من جميع هذه التعاريف ان الغالب فيها لم تكن جامعة مانعة كعدم ذكر الظن أو العلم أو التبصر بالملكة وهي من آثار الاستنباط وبعضها قد أسقطت الوظيفة العملية وذكرت الأصول الشرعية .

والذي يحصل من مجموع ذلك هو القدرة على الاستنباط لتحصيل الحجة القطعية بالوظيفة من الواقعية والظاهرية .

---

(١) ارشاد الفحول ص ٢٥٠ .
(٢) تهذيب الأحكام . . وجاء في الآمدي في الأحكام ٣/١٣٩ .
(٣) زبدة الأصول ١١٥ .
(٤) مباني الاستنباط ص ٥٠٧ ج ٤ .
(٥) رسائل السيد جمال الكلبايكاني .

وقد ذكرنا في كتابنا دراسات في التعريف والموضوع والغاية (عناصر العلوم) ان غالبية التعاريف قابلة للمناقشة من حيث الطرد والعكس وانما المهم بيان التعريف للحصول على أقربية المعنى لذلك الشيء ولو بالخواص والآثار المباشرة لذات المعرف بالفتح وذكر الشهيد الثاني من الامامية ان معدات الاجتهاد يتحقق بمعرفة المقدمات الست وهي الكلام والأصول والنحو والتصريف ولغة العرب وشرائط الأدلة والأصول الأربعة وهي الكتاب والسنة والاجماع ودليل العقل[1].

وذهب ابن عبدالشكور الحنفي الى ان الاجتهاد لا يتحقق إلا بأمور وهي بعد صحة إيمانه ولو بالأدلة الاجمالية ومعرفة الكتاب قيل بقدر خمسمائة آية والسنة مئتا قبل التي يدور عليها العلم الف ومائتان وسندا مع العلم بحال الرواة ولو بالنقل عن أئمة الشأن ومواقع الاجماع أن يكون ذا حظ وافر مما تصدى له هذا العلم فان تدوينه وان كان حادثا لكن المدون سابق وأما العدالة فشرط قبول الفتوى[2].

وذكر الغزالي من الشافعية وانما يكون متمكناً من الفتوى بعد ان يعرف المدارك المثمرة للاحكام وان تعريف كيفية الاستثمار والمدارك المثمرة للاحكام أربعة : الكتاب والسنة والاجماع والعقل[3] وذهب القرافعي المالكي الى أن معدات الاجتهاد هي أن يكون عالما بمعاني الألفاظ وعوارضها من التخصيص والنسخ وأصول الفقه ومن كتاب الله تعالى ما يتضمن الاحكام وهي خمسمائة آية ولا يشترط الحفظ بل العلم بمواضعها لينظر عند الحاجة اليها ومن السنة بمواضع أحاديث الاحكام دون حفظها ومواضع الاجماع والاختلاف والبراءة

---

(١) الروضة البهية ٢٣٦ - ٢٣٧ .
(٢) مسلم الثبوت ٣١٩ - ٣٢٠ - ج ٢ .
(٣) شرح الغزالي في المستصفى ١٠١ - ١٠٢ ج ٢ .

الأصلية وشرائط الحد والبرهان والنحو واللغة والتصريف وأحوال الرواة [1] .

ويحدثنا ابن قدامة الحنبلي في شرائط المجتهد الى احاطته بمدارك الاحكام المثمرة لها وهي الأصول الكتاب والسنة والاجماع واستصحاب الحال والقياس التابع لها وما يعتبر في الحكم في الجملة .

والواجب عليه في معرفة الكتاب ما يتعلق منه بالاحكام وهي قدر خمسمائة آية ولا يشترط حفظها بل علمه بمواقعها حتى يطلب الآية المحتاج اليها وقت حاجته .

فالمشترط في معرفة السنة معرفة أحاديث الاحكام وهي وإن كانت كثيرة فهي محصورة ولا بد من معرفته للناسخ والمنسوخ من الكتاب والسنة ويكفيه أن يعرف أن المستدل به في هذه الحادثة غير منسوخ .

ويحتاج ان يعرف الحديث الذي يعتمد عليه فيها انه صحيح غير ضعيف إما بمعرفة رواته وعدالتهم وإما بأخذه من الكتب الصحيحة التي ارتضى الأئمة رواتها .

واما الاجماع فيحتاج الى معرفة مواقعه ويكفيه أن يعرف أن المسألة التي يفتي فيها هي من المجمع عليه أم من المختلف فيه أم هي حادثة .

ويحتاج الى معرفة نصب الأدلة وشروطها ومعرفة شيء من النحو واللغة يتيسر به فهم خطاب العرب وهو ما يميز به من صريح الكلام وظاهره ومجمله وحقيقته ومجازه وعامه وخاصه ومحكمه ومتشابهه ومطلقه ومقيده ونصه وفحواه ولحنه ومفهومه ولا يلزمه من ذلك إلا القدر الذي يتعلق به الكتاب والسنة ويستولي به على مواقع الخطاب ودرك دقائق المقاصد فيه [2] .

---

(١) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول ١٩٤ .

(٢) روضة الناظر ١٩٠ ـ ١٩١ .

وبعد عرض مجموعة هذه الآراء يمكننا أن نقدم زبدة المخض بانه كلما كان دخيلاً في طريق الاستنباط وأمكن للمجتهد أن يستنبط حكما شرعياً فلا بد من تحصيله سواء كانت من مصادر التشريع أو من كيفية الاستنباط وهو ما وقع عن طريق الاقيسة المنطقية .

وانما المهم في ميدان بحثنا ان الاجتهاد كاشف عن الحكم الواقعي فاذا عبرنا عنه بمصدر التشريع لا يراد به الاستقلالية وانما هو طريق الوصول الى الحكم الشرعي اما من الكتاب أو من السنة فإذاً تنحصر المصادر التشريعية بالكتاب والسنة ولذا يقول الامام الرضا (ع) في كتاب عيون أخبار الرضا (ع) بسنده عن أحمد بن الحسن الميثمي انه سئل الرضا (ع) يوما وقد اجتمع عنده قوم من أصحابه وقد كانوا يتنازعون في الحديثين المختلفين عن رسول الله (ص) في الشيء الواحد فقال (ع) ما ورد عليكم من خبرين مختلفين فاعرضوهما على كتاب الله مما كان في كتاب الله موجودا حلالا أو حراماً فاتبعوا ما وافق الكتاب وما لم يكن في الكتاب فاعرضوه على سنن النبي (ص) فما كان في السنة موجودا منهيا عنه فهي حرام أو مأموراً به عن رسول الله (ص) أمر الزام فاتبعوا ما وافق نهى رسول الله (ص) وأمره ما كان في السنة نهى اعافة أو كراهة ثم كان الخبر الآخر خلافه فذلك رخصه فيما عافه رسول الله (ص) وكرهه ولم يحرمه فذلك يسع الأخذ بهما جميعا أو بايهما شئت وسعك الاختيار من باب التسليم والاتباع والرد الى رسول الله (ص) وما لم تجدوه في شيء من هذه الوجوه فردوا الينا عمله فنحن أولى بذلك ولا تقولوا فيه بآرائكم وعليكم بالكف والتثبت والوقوف وانتم طالبون باحثون حتى يأتيكم البيان من عندنا وبهذا البيان من قبل الامام الرضا (ع) نجد مصدر التشريع قائماً في ركيزتين وهما الكتاب والسنة وما عدا ذلك يقع كاشفا عنهما لا في عرضهما وهناك روايات كثيرة في هذا المضمون وردت عن أئمة الشيعة تؤكد حصر التشريع بالكتاب والسنة دون غيرهما .

الاجتماع والاختلاف بين الاديان

غرضنا تقديم لوحة عن صورة مصادر التشريع في مورد الاجتماع والاختلاف بين رسالات السماء ووجود النسبة المنطقية بينها :

١ ـ الدين اليهودي ينص على التوراة والتلمود .

٢ ـ الدين المسيحي ينص على الكتاب المقدس وعلى قوانين الرسل وقرارات المجامع والعرف أو من مراسيم آباء الكنيسة .

٣ ـ الدين الاسلامي مصدره التشريعي القرآن والسنة .

فطرق الاجتماع على مصدر التشريع بين هذه الديانات هي الكتب السماوية أو التلمود عند اليهود وقوانين الرسل عند المسيحيين والسنة عند الاسلام .

أما اذا لم توجد نصوص رسالية فالدين اليهودي يرجع فيما لا نص فيه الى القياس والاجماع عند عدم مخالفة النص وهؤلاء فرقة القرائين .

أما الدين المسيحي فيبدو تمسكهم بالاجماع والعقل مضافاً الى النص وقوانين الرسل وقرارات المجامع والعرف أما الاسلام فيذهب الى الكتاب والسنة والاجماع والعقل ويختار أبناء التسنن القياس والاجتهاد اما الامامية فيذهبون الى الكتاب والسنة والاجماع والعقل إلا أن مصادر التشريع اثنان الكتاب والسنة واما الاجماع والعقل أو الاجتهاد كلها طرق للوصول الى الحكم الشرعي وليست لها موضوعية بنحو السببية .

كل ما تحدثنا به عن مصادر التشريع الرسالي عند اليهودية والمسيحية والاسلام والآن نقدم أضواء حول الزواج .

منطلق الزواج:

- الزواج لدى اليهودية.
- الزواج لدى الديانة المسيحية.
- النظرة الاسلامية للزواج.

منطلق الزواج لدى الديانة اليهودية

نظرة الدين اليهودي للمرأة انها سلعة أو بضاعة يتملكها من يدفع الثمن كما يستدل على ذلك بما ورد في التوراة على لسان ليئه وراحيل ابنتا لابان أن قالتا تشكوان أباهما لزوجهما يعقوب باعنا وأكل ثمننا سفر التكوين اصحاح ٢٩ الآيات ١٥ وما بعدها وانها ليست طاهرة بحسب الفطرة وصارت تحترم بما انها ام أولاد كما وصّى بها موسى (ع) في وصاياه العشر من إكرام الأم اسوة بالأب .

وجاء في شريعة التلمود انه ليس للمرأة أن تبدي أدنى شكوى إذا زنى زوجها ولو في المسكن الذي يقيم معها فيه .

ولكن بعين ذلك كله جاء في المشنة ينبغي على الرجل أن ينفق أقل مما تسمح به موارده في إطعام نفسه وعلى قدر موارده في كسائه وأزيد مما تسمح به موارده لإكرام زوجته وأولاده لأن هؤلاء يعتمدون عليه حتى يعتمد هو نفسه على من أمر فانشاء الكون كما أوصته كذلك بأن يترفق بها ويستأنس برأيها فقد جاء في كتاب موسى والمسيح ومحمد لسيمون ليفي .

فليحذر الرجل من مس عواطف زوجته لأن قلبها حساس لأقل مسيس وعيناها تسكبان بسهولة عبرات التأثر وإذا أردتم إيراد ملاحظة لنسائكم أو تذكيراً بواجب فخاطبوهن بلطف وسكوت راعوا شعورهن

الدقيق وتقدموا الى عواطفهن فهذا هو السبيل الأكيد لاستمالتهن[1].

وتقول المشنة الى نفس المعنى اذا كانت زوجتك قصيرة انحنِ أنت اليها وتكلم اليها بمنتهى الانخفاض كما ورد ذلك في الباب الرابع من المشنة .

وقد أوجب الدين اليهودي الزواج كما جاء في التلمود ان الذي لا يتزوج انما يعيش بلا بهجة بلا بركة بلا مال وان العازب ليس رجلاً بمعنى الكلمة لان الله يقول انه خلقهم ذكرا وأنثى وباركهم وسماهم باسم الانسان .

وجاء في المادة/١٦ من مجموعة بن شمعون ان الزواج فرض على كل اسرائيلي[2] . وقد ورد في المشنة بالزواج المبكر اذ فيها زوج أولادك ولو كانت يديك لا تزال على رقبتهم[3] .

ويعتقد اليهود أن الزواج يتقرر في السماء من قبل ميلاد الشخص فقد ورد في المشنة انه (قبل ميلاد الطفل بأربعين يوماً يعلن في السماء انه سيتزوج بنت فلان)[4] .

ويمكن إكراه الشخص على الزواج طبقاً لما ورد في التلمود قوله تستطيع السلطات إكراه الشخص على الزواج لان الذي يعيش دون زواج حتى سن العشرين يكون ملعوناً من الرب[5] ولهم وصايا في الزواج .

---

(١) المرأة في التاريخ والشرائع ص ٥١ لاحمد جميل بهيم .
(٢) مجموعة حاي ابن شمعون ص ٧ .
(٣) راجع ما نقله كوهين عن المشنة ص ٢١٤ هامش ١ .
(٤) نقلا عن نصوص المشنة لكوهين ص ٢١٤ ـ ٢١٥ .
(٥) نقلا عن كتاب SHULHAN- ARVKI ـ المؤلف فيجدور ص ٧٠ .

١ ـ الاستطاعة المالية فقد ورد في المشنة ان التوراة قد رسمت الطريق الصحيح الذي ينبغي على الرجل اتباعه فعليه في المحل الأول أن يبني بيته بعد ذلك يزرع الكرمة ثم بعد ذلك يتزوج .

٢ ـ رؤية المرأة كما جاء في التلمود عدم الإقدام على زواجها إلا بعد رؤيتها خشية أن يكتشف فيها بعد ذلك شيئا ذميماً ويطردها .

٣ ـ التناسب في الزوجية كما ذكره كوهين الافضل أن ينزل درجة عند اختيار امرأته لانه إذا تزوج ممن هي أعلى منه مرتبة عرض نفسه للاحتقار من جانبها وجانب أقاربها .

كل ما تحدثنا عنه مقدمة تمهيدية في الزواج لدى الديانة اليهودية التي تشاهد من خلال أحكامها وجوب الزواج والمسارعة في الزواج والنظر الى المرأة قبل الزواج ملاحظة التناسب الاجتماعي بين الزوجين مع القدرة المالية على الانفاق .

الزواج لدى الديانة المسيحية

أما نظرة الشريعة المسيحية في المرأة فقد رفعت من قدرها ، وإن جعلتها المسؤولة عن الخطيئة الأولى عند خروج آدم من الجنة وذكر بولس ان الخطيئة تنسب الى المرأة وحدها دون الرجل ، وذكر بولس الرسول أيتها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب .

وجاء عن بعض رجال الكنيسة الى النساء كقول تورتيليان أيتها المرأة يجب عليك دائماً أن تكوني مغطاة بالحداد لا تظهرين للأبصار إلا بمظهر الخاطئة الحزينة الغارقة في الدموع [١] وقد أوصت الديانة المسيحية بحب المرأة وحسن معاشرتها [٢] .

---

(١) راجع بهيم ص ٥٨ .
(٢) راجع في هذا المعنى توصيات بولس في رسائله الى أهل افسس ذكر في شنوده ج ٢ ص ٢٩٨ .

وليس الزواج واجبا كما في الديانة اليهودية وانما هو مندوب لأجل التجنب من خطيئة الزنا ومن الذي يمكنه كبح الشهوة فالأفضل له عدم الزواج اذ البتولية أفضل عند الله من الزواج اذ يقول بولس الرسول انه حسن للرجل ألا يمس امرأة ولكن بسبب الزنا ليكن لكل واحد امرأته وليكن لكل واحدة رجلها .

ويستند الفكر المسيحي بعدم التزويج لان غير المتزوج وغير المتزوجة يكون اهتمامهما في رضاء الرب فاذا تزوج الرجل انصرف ذهنه الى رضاء امرأته وكذلك بالنظر الى حالة المرأة فان اهتمامها سيصبح في رضاء زوجها .

وذكر ان طريق العزوبية أقصر في الوصول الى الملكوت من طريق الزواج [١] . حتى انه صدر قرار من المجامع المحلية المسمى Grngra ان الزواج يمنع المسيحي من الدخول في ملكوت الله [٢].

ولكن بعد ذلك جاءت ردود فعل على هذه النظرية حتى انه في القرن السادس عشر أعلن لوثر ثورته ضد العزوبة مشيرا الى خطأ النظرة الى الزواج على انه من الامور الدنيوية وليس من الأمور الدينية .

ويرى البروتستانيون أن الزواج أشرف من البتل طبقا لأمر زعمهم أنّ من أحسن عطايا الله زوجة محبوبة تقية تخاف الله وتحب أهل بيتها .

ويحدثنا ابن العسال ان الزواج يكون مندوبا الى عقده ان غلب على المرء على الاحتراق بالشهوة حتى يصون نفسه من الزلل ومندوبا الى تركه ان استطاع ضبط النفس وقدر على عيشة العفاف ومباحا لما هو بين القسمين المتقدمين لا يحترق بالشهوة ولا يستريح منها [٣].

(١) تير توليان وسترمارك ص ١٤٣ ـ ١٤٤ .
(٢) راجع وسترمارك ص ١٤٥ .
(٣) القوانين أشار اليه الاسيوطي ص ٤٣ ـ ٤٤ .

النظرة الاسلامية للزواج

قد لاحظ الاسلام التقارب بين الرجل والمرأة . وجاء بالتحريض الأكيد على الاتصال والتحابب بينهما فقال سبحانه ﴿وانكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع عليم﴾ ـ النور ٣٢ .

وجاء في النبوي النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني [١] .

وعن الإمام علي (ع) قال تزوجوا فان رسول الله (ص) قال من أحب أن يتبع سنتي فان من سنتي التزويج [٢] .

وفي النبوي ما بنى بناء في الإسلام أحب الى الله تعالى من التزويج [٣] .

وعن النبي (ص) من تزوج احرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر[٤] وعن الإمام الصادق (ع) من أخلاق الأنبياء حب النساء [٥] .

وعن النبي (ص) رذال موتاكم العزاب [٦] .

ان مجموعة هذه الروايات تؤكد على ندبية الزواج ولا يستفاد منها الالزام كما هو في نظر اليهود وعلى خلاف ما ذهب اليه المسيحيون من أفضلية العزوبة والتبتل .

---

(١) كنز العمال ج ٨ حديث ٣٧٢٠ .
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب النكاح حديث ١٤ .
(٣) المصدر نفسه حديث ٤ .
(٤) المصدر نفسه حديث ١٣ .
(٥) الوسائل باب ٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ .
(٦) المصدر نفسه حديث ٣ .

وقد لاحظ الدين الاسلامي ندبية المسارعة في تزويج البنت فورد عن الامام الصادق من سعادة المرء أن لا تطمث ابنته في بيته[1].

ولكن كره تزويج الصغار وقبل البلوغ.

وجوز للرجل أن ينظر الى المرأة قبل التزويج ١ ـ كما ورد عن الامام الباقر (ع) عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر اليها قال (ع) نعم.

٢ ـ وعن الامام الصادق (ع) قال (ع) لابأس بأن ينظر الى وجهها ومعاصمها اذا أراد أن يتزوجها.

٣ ـ وعن الامام الصادق (ع) قال قلت أينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها قال (ع) لابأس بذلك اذا لم يكن متلذذاً[2].

ويستدل بهذه الروايات على جواز النظر الى المرأة قبل التزويج حتى ذكر في علل الصدوق عن الامام الصادق (ع) قال نعم وتدقق له الثياب.

الا انه قد ناقش الشيخ الانصاري في رسالة النكاح عنوان النظر للمرأة قبل التزويج في بعض هذه الروايات من حيث عدم الاطلاق كما في رقم ١ وكون الاختصاص بالوجه والمعاصم لا معنى له كما في رقم ٢.

الا ان الذي نقتطفه من مجموع هذا العرض انه يصح النظر الى المرأة قبل التزويج مع مساعدة روايات أخرى في هذا الميدان.

فنقطة الاجتماع بين الفكر اليهودي والاسلامي وقع التزويج مندوبا لا واجبا بينما الفكر المسيحي يرى العزوبة أفضل من التزويج كما جاء بان طريق العزوبية أقصر في الوصول الى الملكوت من طريق الزواج.

---

(١) نفس المصدر حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح.

ويفترق الاسلام عن الفكر اليهودي بعدم اشتراط الاستطاعة المالية كما قال سبحانه أن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله .

ويجتمع الفكر اليهودي مع الفكر الاسلامي في نقطة التناسب الاجتماعي بأن المؤمن كفؤ المؤمنة أو الطيبون للطيبات وقد لاحظ الاسلام وجود السنخية والتناسب الاجتماعي بين الزوجين حتى يتحقق الوئام التام والمحبة والصفاء واذا اختلفت جهة المناسبة الاجتماعية بان كان الزوج من الطبقة العمالية والزوجة من الطبقة الاستقراطية أو العكس لما تحقق الانسجام ولم يوجد الاطمئنان بين الزوجين الذي عبر القرآن بانها سكن له وهو سكن لها أو التعبير عنهما باللباس .

الخطبة:

- خطبة الزواج في الديانة اليهودية.
- الخطبة في الديانة المسيحية.
- دور الشروط الموضوعية والشكلية في الخطبة.
- الشروط الشكلية للخطبة.
- علنية الخطبة.
- أسباب العدول.
- الخطبة في نظر الاسلام.
- صور الاتفاق والافتراق.
- قاعدة اليد.
- حقيقة الزواج في نظر اليهودية والمسيحية والقانون.
- حقيقة الزواج عند الاسلام.

خطبة الزواج في الديانة اليهودية

توجد الخطبة في العرف اليهودي على المرحلة النهائية في الحصول على الزواج واذا تمت الخطبة تحتاج الى طلاق بين الخطيبين واذا توفي الخاطب وجب على الخطيبة ان تعتد عدة الوفاة .

كما انه يجب أن لا ترمي نفسها في أحضان الزناة والا فانها تعتبر زانية ويطبق عليها حد الزوجة الزانية من الرجم في الحجارة حتى الموت . راجع سفر التثنية اصحاح ٣٢ آية ٣٢ ـ ٢٧ .

ويكون من مجموع ذلك ان الخطبة وعد لازم إلا انه ورد في التلمود ما يستفاد منه عدم الالتزام ويجوز للزوج ابرامها وهذه النظرة للربانيين وجرى عليه المذهب الفعلي .

ولكن نظرة القرائين تختلف عن اتجاهها مع الربانيين فكانت نظرتهم للخطبة وفقاً لما جاء به التوراة بانها زواج تقريبي الا انه لا يجوز فيها الاختلاط الجنسي .

وورد في شعار الخضر انه اذا كانت الخطبة على غير يد الشرع رفعت بالفسخ لا بالطلاق[1]. وجاء تعريف الخطبة لدى الربانيين كما في المادة الأولى من مجموعة بن شمعون بانها عقد يتفق به الخاطبان على ان يتزوجا ببعضهما

(١) الطبيعة القانونية للخطبة ص ٧٩ سنة ١٩٦٣ هامش الدكتور توفيق حسن فرج .

شرعاً في أجل مسمى بمهر مقرر بشروط يتفقان عليها[1] .

ويبدو ان التعبير من ابن شمعون بالاتفاق يدل على عدم الالتزام به كما دلت أيضاً على ما ذكرناه في المادة الخامسة يصح فسخ الخطبة بإرادة الاثنين أو إبطالها بإرادة أحدهما[2] ، ويتم هذا العقد الذي لا يلزم الوفاء به أن يستقر على الشروط الموضوعية والشكلية .

اما الموضوعية فيراد بها الحصول على الأهلية والرضاء بين الخطيبين .

واما الشروط الشكلية وردت في المادة/٦ من مجموعة ابن شمعون حيث تعد الخطبة شرعية الا بالعهد الشرعي المعروف بالقينان والمقصود ان الرجل يعطي للمرأة شيئاً أو يقدر لها في ذمته من مهر فتكون باستطاعته أن يقنى المرأة . أي يمتلكها بالعقد . راجع شعار الخضر[3] وهو من نوع التملك المعلق .

وقد حدد التلمود دور الخطبة الى ستة أشهر للبكر وثلاثين يوماً للأرملة[4] . وعند تمامية الزواج ينقضي دور الخطبة وقد تنتهي بالاتفاق على الحل أو بوفاة أحد الخطيبين أو عدول أيهما عن الخطبة كما جاء في المادة/ ٥ لابن شمعون في المادة العاشرة وفيها رجوع الهدايا بنفسها أو بقيمتها إذا فقدت كما جاء في المادة (١٠ ـ ١٤).

وذكر الدكتور شكري سرور عند ملاحظة مجموعة ابن شمعون بانها أحكام متعارضة مع طبيعة الخطبة فبموجب المادة ٧ من هذه المجموعة يجوز أن يتضمن الاتفاق على الخطبة شرطا بموجبه يلتزم من يعدل عنها بدفع غرامة

---

(١) ابن شمعون ص ١ .

(٢) ابن شمعون ص ٢ .

(٣) ص٦٣ هامش ١ .

(٤) ثروت الاسيوطي الكتاب الأول ص ٢٣٩ هامش ٢ .

للطرف الآخر كما تقضي المادة ٨ بأن ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شيء آخر غير الغرامة المضروبة ولذلك فاذا كان أحد الخطيبين قد أهدى للآخر شيئاً وجب على المهدي اليه رده أو دفع قيمته اذا فقده الا إذا كانت الهدية من المستهلكات أو مما يتلف طبعاً بالاستعمال فردها أو تعويض قيمتها غير واجب (م/١٤) [١] .

وقد جاء في المادة ٩ أسباب سقوط الغرامة :

١ ـ إذا ظهر بأحد الخطيبين عيب لم يكن يعلم به الخاطب الآخر .

٢ ـ إذا طرأ العيب أو حدث جنون أو مرض معد بعد الخطبة .

٣ ـ إذا ثبت شرعا على إحدى العائلتين ارتكاب الفحشاء .

٤ ـ اذا اعتنق قريب أحد العائلتين ديانة أخرى أو مذهباً آخر .

٥ ـ اذا ساء سلوك الخاطب أو أسرف .

٦ ـ إذا اتضح ان الخاطب عديم التكسب .

٧ ـ اذا علم الخاطب ان المخطوبة مات لها زوجان .

وجاء في المادة ١٣ لابن شمعون من جملة موارد سقوط الغرامة اذا غير أحد الخاطبين إقامته من بلدة الى بلدة فلا يجبر الآخر على الانتقال معه وتحق له الغرامة إلا إذا كان السفر إجبارياً فان الغرامة تسقط في هذا الحال [٢] .

هذه مجموعة ما اطلعنا عليها في خطبة الزواج للديانة اليهودية وسوف نستعرض بعض الملاحظات تحت عنوان «وقفة تأمل» في صدق عنوان العقد المبرم وغيره بعدما نتتبعه في الأنظمة الاسلامية وإن جهة الغرامة وعدمها من

---

(١) نظام الزواج للدكتور شكري سرور ص ٨٠ .

(٢) الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين للدكتور حسين توفيق رضا ص ٥٩ سنة ط ١٩٦٧ وراجع الاحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية من المصريين محمد محمد نمر والقي بقطر حبش ط/١٩٥٧ ص ١٥٩ .

القضايا الالتزامية لجهة العقدية ان كان هناك عقد في عنوان الخطبة أو الغرامة من توابع أصل الاهداء ولا يرتبط بعنوان العقدية في الخطبة .

الخطبة في الديانة المسيحية

تعلق الكنيسة الارثوذكسية كلمة الخطبة على عقد الاملاك وتعتبر مرحلة من مراحل الزواج أو زواج حقيقة إلا أن بعض آثاره يرجأ إلى اجراء مراسيم التكليل .

ومن خلال كون الاملاك عقد يستفاد منه اللزوم ويتعين على الخاطب أن يتم الزواج بالتكليل ولا ينحل إلا بالفسخ فإذا أخل المملك (الخاطب) بالتزامه بإتمام الزواج تعرض لفقد ما دفعه من مهر (عربون) وما قدمه من هدايا فإن كانت المملكة (المخطوبة) هي التي عدلت تعرضت لرد المهر مضاعفاً والهدية بنفسها من غير زيادة فان (ضخامة العقوبة المالية تحيله عملا الى رابطة لا فك منها) [1] .

وجرى عند الاقباط الارثوذكسية تقديم الاملاك (الخطوبة) قبل التكليل (الزواج) لفترة زمنية طويلة ويلحظونه بنحو عنوان الاختبار ويكون لديهم بنحو الوعد غير الملزم بالزواج وقد نظمت (الاملاك) (أي الخطبة) مجموعة الاقباط الارثوذكس (١٩٥٥) تحت عنوان الخطبة بانه مجرد وعد متبادل يقع بين الخطيبين [2] .

وجاء في المادة ١ من مجموعة فيليب جلال للأحوال الشخصية للكاثوليك أن الخطبة عقد يعد به الواحد الآخر بالزواج في المستقبل .

---

(١) الكتاب الثاني ثروت الاسيوطي ص ٦٥٨ .
(٢) راجع الأحوال الشخصية لغير المسلمين لفؤاد شباط ص ١٠٧ سنة ١٩٦٦ .

وورد تعريف الخطبة في مجموعة ١٩٥٥ للأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس في المادة الأولى بانها عقد بين رجل وامرأة يعد فيه كل منهما الآخر بالزواج في أجل محدد .

وتلاحظ من تعبيرهم أن الخطبة عقد من الجانبين وهو عقد بمعنى الوعد المتبادل بين الطرفين إلا انه يبدو من أقوالهم بانها عقد غير لازم .

ولكن عندما نلاحظ ما جاء في المادة ٦ ـ ٣ ان الخطبة لدى الإرادة الرسولية لطائفة الكاثوليك تدل على عدم اللزوم ولذا جاء في تلك المادتين لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به ولا يفرق الحال بين الوعد المتبادل والوعد الانفرادي من جانب واحد فما ذكره فيليب يبدو من الالزام وهو خلاف ما جاءت به الارادة الرسولية الكاثوليكية .

وجاء في المادة ٢ من قانون الانجيليين الوطنيين البروتستانت في تعريف الخطبة بانها طلب التزوج وتتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة في باب عقد الزواج .

ويدل على تعبيره ان مجرد العقد ولو بالايجاب والقبول في صدق عنوان الخطبة من دون حاجة الى وعد متبادل من الجانبين .

دور الشروط الموضوعية والشكلية في الخطبة

تتم الشروط الموضوعية بالرضا والاهلية وعدم المانع .

١ ـ والمقصود من الرضا ما استند الى الخاطبين شخصيا وان جاء في القانون الفرنسي القديم ١٥٧٩ رضاية الأبوين من الشروط الأساسية لانعقاد الخطبة الا انه لا يكفي رضاء الأبوين مجردا ما لم ينضم رضاء الخاطبين فيكون الرضاء بالخطبة كصحة الرضاء بالزواج أما اذا اشيبت الخطبة بالاكراه أوالغلط فالخطبة تقع لاغية ولا يصدق الاكراه بانه عيب للرضا لأن الخطبة توجد في

نطاق الكنيسة وتمر مرحلة طويلة فيكون كاشفاً عن الرضا كما ان الغلط أيضاً لا يعتبر في هذه المجالات .

٢ ـ واما الأهلية بأن يكون الخطيبان قد وصلا الى سن الخطوبة وهذا يختلف بحسب المذاهب ، فعند الكاثوليك من ١٦ سنة للرجل و ١٤ للمرأة[1] .

وعند الانجيليين يشترط أن يكون الخاطبان قد بلغا سن الزواج وتحدد المادة ١٠ من مجموعة أحوالهم الشخصية هذه السن بست عشرة سنة للرجل وأربع عشرة سنة للمرأة .

وعند الاقباط الأرثوذكس تنص المادة ٣ من مجموعة ١٩٥٥ على انه لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ سن الخاطب سبع عشرة سنة والمخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة فإذا كانا قد بلغا هذه السن لكن احدهما أو كلاهما كان لا يزال قاصراً بمعنى انه لا يزال خاضعاً للولاية على النفس التي لا تنتهي إلا ببلوغ سن الواحدة والعشرين وجب أيضاً موافقة وليه على الخطبة (المادة ٤ من نفس المجموعة) .

ولكن جاء في المادة ١٨ ان الرجل أو المرأة لا يمكنه أن يزوج نفسه إلا إذا بلغ احدى وعشرين سنة .

٣ ـ واما عدم المانع بأن لا يكون بين الخطيبين وجود مانع عن انعقاد الخطبة وكل ما يمنع الزواج يمنع الخطبة كما انه يوجد موانع دائمة وموانع غير دائمة ويجوز فيها الخطبة[2] .

---

(١) احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ج ١ ص ٧٦ بند ٨٤ للدكتور شفيق شحاتة احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين مصادر الفقه المسيحي الشرقي .

(٢) انظر الى مشروع الاحوال الشخصية للكاثوليك السوريين واللبنانيين ص ١٠٩ للدكتور فؤاد شباط .

الشروط الشكلية للخطبة

يراد بالشروط الشكلية أن توجد الخطبة أمام الكنيسة كما تتضمن المادة ١/٦ من الارادة الرسولية للطوائف الشرقية ان تتم الخطبة أمام رجل الدين المختص ويراد بهم الخوري أو رئيس الكنيسة المحلي .

إلا ان مجموعة القانون الكنسي الغربي تجعل من جملة الشروط الكتابة لانعقاد الخطبة .

وورد في المادة ٥ من مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس تنعقد الخطبة تحت اشراف كاهن من كهنة كنيستهم حين ينبغي على هذا الأخير أن يحرر بالخطبة وثيقة يجب أن تشتمل على عدة بيانات .

وجاء في طائفة الانجيليين الوطنيين في المادة ٢ من مجموعة أحوالهم الشخصية تستلزم إثبات الخطبة بالكتابة الموقعة من شاهدين على الأقل .

ويبدو ان النص لا يشترط الحضور أمام رجال الدين .

علنية الخطبة

لا بد أن تقع الخطبة معلنة أمام جماعة للكشف عما يحول بين زواج الخطيبين من موانع وحتى يتمكن ذوي الشأن من الاعتراض على زواجهما .

ويكون صورة الاعلان بحسب الطوائف المسيحية فعند الكاثوليك له نوعان الاعلان الشفوي ويتم بالمناداة التي تجري ثلاث مرات متتاليات في أيام الأحد والأعياد المحلية الموصى بالبطالة فيها وتوجد عن طريق رجل الدين أثناء القداس الرسمي ويجوز أن يعوض المناداة بوضع اعلان باسم المتعاقدين على باب الكنيسة وذلك خلال مدة لا تقل عن ثمانية أيام تشتمل على يومي بطالة ٣٠ م من الارادة الرسولية للكاثوليك فاذا تمت مدة ستة أشهر دون أن يتم الزواج وجب إعادة المناداة من جديد ما لم ير الرئيس الديني غير ذلك .

أما لدى الاقباط الأرثوذكس فتتم الخطبة عن طريق الاعلان الكتبي بواسطة الكاهن الذي أجرى عقد الخطبة وذلك في ظرف ثلاثة أيام من تاريخ حصول الخطبة ويعلقه في لوحة الاعلانات بالكنيسة كما ورد في (المادة ٨ من مجموعة ١٩٥٥) ويبقى الملخص معلقا أيضا قبل الزواج مدة عشرة أيام تشتمل على يومي أحد .

ومدة الخطبة عند الاقباط كما أشارت المادة الأولى قد تنتهي المدة بالعدول والوفاة فالعدول كما ورد في المادة ١١ من مجموعة الأقباط الارثوذكس (١٩٥٥) انه يجوز لكل من الخطيبين العدول عن الخطبة ويثبت العدول في محضر يحرره الكاهن ويؤشر بمقتضاه على عقد الخطبة وعلى الكاهن اخطار الطرف الآخر بهذا العدول وقد نصت المادة ٣/٦ من الارادة الرسولية الكاثوليكية انه لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به .

اما بالنظر الى القانون الكنسي الغربي القديم فيرى ان الخطبة تشكل التزاما بعقد الزواج الموعود [1] وإذا خالف هذا الالتزام تعتبر مجرد خطيئة دنية تقابل بجزاء محض كنسي [2] .

الالتزام بالزواج بمجرد الخطبة

ذكر ان القانون الغربي الكنسي القديم يوجب ترتب الالتزام بعقد الزواج الموعود وجاء في القانون الفرنسي المدني القديم أنه يخول كل من الخاطبين دعوى لاجبار الآخر على اتمام الوعد بالزواج ولكن الإجبار لما كان يوجب رفع حريته الشخصية فان هذا اللزوم كان يتحول في النهاية الى مجرد تعويض يحصل عليه الطرف المتروك [3] .

---

(١) راجع آفيجدور ص ١٨٧ .

(٢) آفيجدور ص ١٨٦ - ١٩ .

(٣) راجع انجيليسكو ص ٤٦ - ٤٧ ناز ص ٢٣٥ .

أما القانون الكنسي الغربي الفعلي (١٩١٧) في المادة ١٠١٧ بان للخاطب العدول عن الخطبة متى شاء[١] وبهذا تكون الخطبة عندهم غير متضمنة للالتزام .

وجاء عن القضاء الفرنسي في القرن ١٩ بصحة الوعد بالزواج يحسبانه عقدا تبادلياً يرتب التزاماً بعمل موضوعه اتمام هذا الزواج كما حدثنا بذلك (انجيليسكو ص ٦٥) .

ويرى من بعض القضاة بطلان هذا الوعد .

الا انه جاء عن محكمة النقض سنة ١٨١٤ ان الحكم المطعون فيه حين يقرر بطلان الوعد بالزواج في ذاته يحسبانه يهدد الحرية التي يجب كفالتها بلا حدود في الزواج لم يفعل سوى ان كرس مبدأ من مبادىء النظام العام .

أسباب العدول

يبدو ان الارادة الرسولية الكاثوليكية ومجموعة الاقباط الارثوذكس لم يحددوا أسباب العدول الا انه ورد في المادة ٤ من مجموعة الانجيليين فقد ذكر بعض أسباب العدول المسوغة وذكر بعض شراح الفرنسيين أمثلة للعدول كما لو كانت له خطيبة أخرى فالطرف الآخر له حرية العدول .

فاما عن الشرائع الدينية فيظهر من المادة ١٢ من مجموعة الأقباط الارثوذكس وكذلك من المادة ٣ من قانون الانجيليين الوطنيين البروتستانت أن هذين المذهبين يريا في العدول بغير مقتضى أو بدون مسوغ كاف أمراً خاطئاً من جانب العدول يستتبع آثاراً .

أما في المادة ٣/٦ من الارادة الرسولية الكاثوليكية حيث اكتفت بالنص

---

(١) ناز ٢٣٥ .

على امكان تعويض الخاطب المتروك عن الاضرار التي أصابته من العدول ان بدا هذا التعويض واجباً.[1]

وقد قام أساس التعويض عن العدول بين اتجاهات ثلاث أو اربع :

١ ـ المسؤولية العقدية وهو ان يسلم العوض بدلا من تسليم نفسه لاستلزامه اهدار الحرية للشخص والتعويض شرط جزائي كما ذكره القانون المدني الفرنسي في المادة ١١٥٢ ويكون التعويض لخصوص الخسارة دون ما فاته من كسب.

٢ ـ التعسف في استعمال الحق ويراد به انه لا يجوز استعمال الحق النهائي في الخطبة الا إذا كان مسوغاً وإلا كان العادل متعسفاً في استعمال الحق وإن كانت هذه النظرية قد لاقت انتقاداً لاذعاً[2].

٣ ـ المسؤولية التقصيرية وقد ذهب أنصار هذه النظرية في الفقه والقضاء الفرنسيين حيث يكتفون بمجرد عدم مبرر للعدول.

ويقع البحث في دور التعويض الذي يقدم للخاطب حيث انه في ابتداء الامر ان يقدم جزءا من المهر أو يقدم هدايا أو قد تكون من المستهلكات.

فقد تعرضت الشرائع الدينية من الإرادة الرسولية الكاثوليك وقانون الانجيليين الوطنيين في المادة ٣ البروتستانت ومجموعة الأقباط الارثوذكس في المادة ١٢ الى مجرد التعويض عند العدول دون أن تبين حدود التعويض. والذي نلاحظه في هذا الميدان انه يبدو ان الحكم فيما لو عدل الرجل فانه ذهب ماله ضياعاً فأين العدالة ولازمه التفكيك في الحكم.

وإذا مات أحد الخاطبين ففي شريعة الارثوذكس تفرق بين المهر

---

(١) قانون الأحوال الشخصية السوري.

(٢) راجع انتقادات انجيليكو ص ٩٨.

والهدايا كما ورد في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ١٣ بانه اذا توفي الخاطب فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز واذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز اما الهدايا فلا ترد في الحالتين .

واما شريعة الكاثوليك فلم تذكر لنا حكما عن هذا الموضوع فيكون المرجع الى القواعد العامة من إعادة المهر دون الهدايا كما تنص المادة ٥٠٣ ـ ب التي تقضي برفض طلب الرجوع في الهبة إذا مات أحد طرفيها .

اما في نظر الانجيليين فقد نصت المادة ٥ من قانون أحوالهم الشخصية بأنه إذا مات أحد الخطيبين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية فللخطيب الآخر ان يسترجع ما أعطاه للمتوفى من مهر وهدية ما عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون أخذه من المتوفى .

الخطبة في نظر الاسلام

ورد في فقه السنة للسيد سابق مجلد ٢ ص ٢٢٨ عن أبي هريرة أن النبي (ص) قال كل خطبة ليس فيها تشهد فهي كاليد الجذماء فعن عبدالله بن مسعود قال أوتي رسول الله (ص) جوامع الخبر وخواتيمه أو قال فواتح الخبر فعلمنا خطبة الصلاة وخطبة الحاجة وخطبة الصلاة التحيات لله والصلاة والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وخطبة الحاجة ان الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له ومن يضلل الله فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ثم تصل خطبتك بثلاث آيات من كتاب الله ١ ـ ﴿يا أيها الذين

آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾ آل عمران ـ ١٠٢ ٢ ـ وقوله تعالى ﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منها رجالا كثيراً ونساء واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبا﴾ النساء ١ . ٣ ـ وقوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديدا يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوز عظيما﴾ الأحزاب ٧١ .

جاءت الخطبة في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفسكم علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا﴾ البقرة ٢٢٥ .

ويبدو من ملاحظة الظاهرة القرآنية صورة عن حياة الرجل والمرأة قبل الزواج وان الخطبة تعطي طابع الاتفاق المجرد عن عنوان العقدية اللازمة وليست في نظره مرحلة من مراحل الزواج إلا أنه يفقده الاتصال الجسدي وانما الخطوبة تعبير عن الاتفاق الذي قد يحصل بعد الانسجام والتعارف .

ولكن الاسلام قطع سير الاتصال المباشر ويمكن أن يكون في نظره الى رعاية التقاليد والأعراف الاجتماعية التي قد ينكر عليه من قبل أسرة المرأة فاذا أراد الخاطب الاتصال المباشر أشارت الآية الكريمة الى جعل خط دفاعي بان يتكلم معها بما يكون التعبير نزيها بعيدا عن الأجواء الغرامية .

اما جهة دفع الغرامة فهما ملزمان برجوع الهدايا ما بين الطرفين لان الهبة غير المعوضة جائزة وغير لازمة فيمكنها الرجوع متى شاء لعدم صدق عنوان الزوجية بمجرد الخطوبة وحصول الاتفاق المجرد .

كما ان عنوان الخطوبة ليست داخلة تحت عنوان العقدية وانما هي اتصال مجرد للحصول على سلوك الطرفين كما جرى عليه علماء النفس بان الخطوبة توجب المعرفة على الحالات فيما بين الخاطبين .

اما المهر سواء كان كله أم بعضه لا بد من إرجاعه لعدم صحة تملكها بمجرد الخطوبة وانما تمتلكه بإزاء بضعها أو بمجرد العقد ودور الخطوبة فاقدة لهذين العنوانين وعليه فلا بد من إرجاع المهر جميعا عينا أو قيمة .

ويبدو من ظاهر الآية انه يراد من الخطوبة الإعلان وعدم التكتم حتى يطلع عليها الجميع لرفع احتمال الريبة والحمل على السوء .

ولم يلحظ الإسلام وقوع الخطوبة في محل خاص أو بمجتمع رجال الدين المسلمين وانما هي قضايا تابعة لمحيط الأسرتين .

ولم تقع في نظره شرطية الخطوبة في إطار الكتاب أو الإعلان الرسمي .

ولم يلحظ جهة الخطوبة التحديد الزمني في جانب الخاطبين وانما الميزان لديه وصول المرأة الى مرحلة البلوغ وكذا بالنظر الى الرجل وكره الزواج قبل البلوغ .

ودور البلوغ يتحقق للبنت في سن ٩ والولد في سن الخامسة عشرة. وسوف نشير الى مداركهما في ولاية الآباء والأجداد .

فالشروط الموضوعية والشكلية كلها خارجة موضوعاً عن دائرة الخطوبة في العرف الاسلامي وإنما يقع دورها عند وجود الزواج الذي سوف نتكلم عنه كما ورد عن علي بن رئاب عن أبي عبدالله (ع) في حديث ان جماعة قالوا لأمير المؤمنين (ع) انا نريد أن نزوج فلانا فلانة ونحن نريد أن نخطب فقال وذكر خطبة تشتمل على حمد الله والثناء عليه والوصية بتقوى الله وقال في آخرها ثم ان فلان بن فلان بن فلان ذكر فلانة بنت فلان وهو في الحسب من قد عرفتموه وفي النسب من لا تجهلونه وقد بذل لها من الصداق ما قد

عرفتموه فردوا خيرا تحمدوا عليه وتنسبوا إليه وصلى الله على محمد وآله وسلم[1] .

وتدل هذه الرواية على كيفية العرض وإعطاء صفة عامة لحياة الرجل من حيث النسب وبيان معرفة المهر ولم تكن في مقام الشروط الموضوعية أو الشكلية في واقع الزواج وانما هي مقدمة تمهيدية لتكوين الزوجية وللتعرف على حال الزوجين .

وورد عن النبي (ص) لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه وذهب الشهيد الأول والثاني إلى التحريم لان النهي ظاهره التحريم وفيه ايذاء المؤمن وقد لاحظ الاسلام من جملة الشروط الموضوعية الأهلية ويعبر عنها في مصطلح فقهاء الامامية بالكفاءة وهو تساوي الزوجين في الاسلام والإيمان كقوله (ص) المؤمنون بعضهم أكفاء بعض وقوله (ص) اذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه ان لا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير والمؤمن لا يرى دين غيره .

وقول الامام الصادق (ع) ان العارفة لا توضع الا عند عارف .

هذا كله بالنظر الى عنوان الأهلية ومفهومها العام وربما تتضيق دائرتها الى المذاهب وغيرها كما يستشعر من هذه الروايات بقيد الإيمان .

وقد لاحظ الامام الصادق (ع) ان الكفائة أيضا تصدق على العارف والعارفة كما تصدق على المؤمن والمؤمنة .

وعند الحنفية قالوا ان الكفاءة هي مساواة الرجل للمرأة في أمور مخصوصة وهي ست : النسب والاسلام والحرفة والحرية والديانة والمال .

وعند المالكية الكفاءة في النكاح المماثلة في أمرين أحدهما التدين بأن

---

(١) الوسائل باب استحباب الخطبة للنكاح وباب ٤٣ .

يكون مسلما غير فاسق ثانيهما السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار في الزوج كالبرص والجنون والجذام والثاني حق المرأة لا الولي ولا يعتبرون الكفاءة في الحرية والنسب والحرفة .

وعند الحنابلة قالوا الكفاءة هي المساواة في خمسة أمور الأول الديانة والصناعة واليسار بالمال والحرية والنسب .

وأما الشافعية قالوا الكفاءة أمر يوجب عدمه عارا وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال اوخسة ما عدا السلامة من عيوب النكاح وتعتبر الكفاءة في أربعة النسب والدين والحرية والحرفة [1] .

صورة الاتفاق والافتراق

ان الخطوط التي تلتقي فيها الشرائع في عنوان الخطوبة ترتسم على ما يلي :

١ ـ اليهود الربانيون يرون الخطبة زوجة ولذا تعتد عدة الوفاة إذا مات عنها زوجها أو تطلق اذا كان موجودا وترجم اذا كانت زانية للاحصان كما جاء في سفر تثنية الاشتراع ٢٣ أما القراؤون فلا يرون الخطبة من نوع العقد الملزم .

٢ ـ يرى الأرثوذكس ان الخطبة من مراتب الزواج إلا أنه يفقد الاتصال الجسدي ويوجد في التكليل .

بخلاف الكاثوليك فانهم يرون الخطبة عقدا يعد الواحد الآخر الزواج في المستقبل .

وعند البروتستانت انه اتفاق وإن كان ابن شمعون في المادة / ٥ تدل على أن الخطبة مجرد اتفاق غير لازم .

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة عبدالرحمن الخديوي ج ٤ ص ٥٧ ـ ٦١ ط ٥ .

٣ ـ عند الإسلام انها مجرد اتفاق غير لازم .

وبهذا يحصل الاتفاق بين القرائين والكاثوليك والبروتستانت والاسلام بجميع مذاهبه .

ويقع الافتراق مع طائفة الربانيين والارثوذكس بكونها مرحلة من مراحل الزواج اما بالنظر الى الشروط الموضوعية والشكلية :

١ ـ اما عند اليهود فالشروط الموضوعية لا بد من تحققها وهي الأهلية والرضا بين الطرفين وكذا في حالة الشروط الشكلية كما نصت عليها المادة /٦ من مجموعة ابن شمعون .

٢ ـ ويقر الدين المسيحي الشروط الموضوعية من الأهلية والرضا وعدم المانع .

٣ ـ وقد لاحظ الاسلام أيضاً الشروط الموضوعية .

ولكن الافتراق بحسب الشرائع وقع في الشروط الشكلية .

١ ـ اما اليهود فقد أثبت الشروط الشكلية كما ورد في المادة ٦ من مجموعة بن شمعون وهو الحضور في المجلس الشرعي والعهد الشرعي المعروف بالقينان .

٢ ـ وأما في الديانة المسيحية فقد اعتبرت الشروط الشكلية من الحضور في الكنيسة عند بعض المذاهب كما عند الكاثوليك والأرثوذكس بخلاف البروتستانت فانهم يكتفون بالكتاب والشهود .

٣ ـ اما الاسلام فلا يلحظ الشروط الشكلية وانما هو على طبق نظرية البروتستانت والمجموعة الغربية الكنسية من حيث عدم الحضور أمام رجال الدين الا انه لا يشترط الكتابة لأنها مجرد اتفاق بين الخطيبين ويكتفى بها بمجرد الإعلان كما هو متداول عند المذاهب المسيحية على حسب اختلافه في جهة الاعلان عندهم .

اما بالنظر إلى انحلال الخطبة فتختلف بحسب عنوانها الالزامي وعدمه :

اما عند اليهود فكما ورد في المادة ٩ لابن شمعون أسباب العدول ترجع الى سبعة أمور وأضافت اليها سببا ثامنا وهو الانتقال الى بلدة أخرى كما جاء في المادة ١٣/ .

٢ ـ وترى الشريعة المسيحية عدم التحديد لأسباب العدول .

٣ ـ اما في نظر الاسلام فلما كانت الخطبة مجرد الاتفاق فليس الملحوظة لديه التحديد للأسباب اما جهة التعويض والغرامة في الأموال التي قبضتها الخطيبة فتدخل الغرامة تحت قاعدة اليد .

قاعدة اليد

ورد في الاسلام قاعدة معروفة عن النبي (ص) على اليد ما أخذت حتى تؤديه [1] .

الراوي لهذه الرواية سمرة بن جندب صاحب القصة المعروفة مع رسول الله (ص) في النخلة وورد الحديث المعروف بحديث لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وكان من أصحاب معاوية بن أبي سفيان وكان الحديث مرضياً بين العامة والخاصة .

إلا أن الذي يعنينا في ذلك تقبل رجالات الاسلام ومشايخه الأجلّاء كالشيخ الطوسي والسيد أبي زهرة وابن ادريس والسيد المرتضى .

المهم أن نفتح صحيفة وضاءة عن المفاهيم المقررة في إطار القاعدة وأثرها التطبيقي على مورد يد الخطيبة عندما تستولي على المال الذي قبضته من الخطيب هل بنحو الهبة أو بنحو الضمان أو الأمانة .

(١) المستدرك باب من أبواب الغصب .

قلنا سلفاً أن الأموال التي قبضتها من يد خطيبها ليست بنحو الهبة المعوضة وإن كان محتملاً قبضها بنحو الهبة غير المشروطة فيجوز ردها ويمكن للخطيب استردادها منها وليس قبضها بنحو الأمانة حتى إذا تلفت تكون غير ضامنة .

والذي نتصوره في إطار القاعدة ان الخطيبة قد قبضت المال فصار تحت يدها اما بمقتضى عموم القاعدة وسلامة سندها فيمكن أن تحرر على اتجاهات :

١ ـ ان ضمان الخطيبة لما جاء في قبضتها يقع على ثلاث مراحل الضمان في العين والمثل والقيمة بنحو الطولية فلا بد ان تسلم أولاً العين ثم المثل ان لم تكن العين موجودة والا فالقيمة فالاستيلاء من قبلها قد تحقق بثلاثة عناوين فالجهات الثلاث تابعة لحقيقة الاستيلاء .

٢ ـ قد سار أحد رجالات الإسلام اللامعين [1] الى أن الضمان أولاً للعين وأما المثل والقيمة فهما لازمان للعهدة على الشخص لأن المثل والقيمة ليستا من مراتب حقيقة الاستيلاء .

ويرى والدنا أن المثل من حقيقة وجود العين مستدلاً على ذلك بحسب نظرة العرف والذي نرتئيه ان المثلية ليست من حقيقة العينية لأن الوجود المماثل لا يقع في مرتبة حقيقة الشيء ونرى العكس ان العرف يرى المغايرة بينهما ولا يلحظها بنحو الوحدة الحقيقية والذي يقرب لدينا هو مقالة الفيلسوف الأصفهاني حيث أن الذي استولت عليه الخطيبة العين دون المثل والقيمة والذي نلحظه من الحديث في القاعدة هو جعل الحكم الوضعي دون لحاظ الحكاية الى ما لدى العرف والعقلاء كما ان دور الضمان يعطي مرحلة الأمر الاعتباري دون الأمر الواقعي وإن ذهب إليه صاحب المقالات الأصولية

---

(١) الفيلسوف الأصفهاني المعروف المتوفى سنة ١٣٦١ هـ .

العراقي بكون الضمان من الحقائق الواقعية قد كشفها الشارع .

والجدير كما ذهب إليه سماحة والدنا بان الضمان لو قدر له الوجود الواقعي لما كان قابلاً للإنشاء والجعل كما انه ليس بين الاعتبارية والحقيقية مجازية وحقيقة وانما هو وجودان حقيقيان في عرض واحد (١) .

٣ ـ هذا بالنظر الى جهة قاعدة اليد فلو كان التعبير لقاعدة على اليد فهل هناك فرق بين التعبيرين لأن زيادة كلمة على التعبير مقتضاها الاستعلاء الخارجي والمعنوي واليد دالة على الاستيلاء بدون خصوصية الى جهة الخارج كما في قوله تعالى يد الله مبسوطة والاستيلاء هو المفهوم الكلي واليد أحد مصاديق الاستيلاء بخلاف نظرية أستاذنا الفقيه البوجنردي حيث يرى ان اليد تفيد الاستيلاء الخارجي (٢) عليها فقاعدة اليد مستولية وقاعدة على اليد المال مستولى عليها الى أن تؤدي المال الى خطيبها بتلك الحيثيات الثلاث من العين والمثل أو القيمة بنحو الطولية أو العرضية .

٤ ـ اما لو كان الحديث في مقام الحكم التكليفي دون الحكم الوضعي فيتصور على أربعة آراء :

١ ـ الوجوب قد توجه على الرد .

٢ ـ وجوب حفظ المال الى وقت التأدية .

٣ ـ الحديث جامع بين التكليف والوضع .

٤ ـ ان الحديث دال بالمطابقة على الحكم التكليفي من وجوب الرد وبالالتزام على الحكم الوضعي عند عدم الرد وهو الضمان والذي نلمسه من

---

(١) المحاكمة في القضاء تقريرات سماحة الوالد المؤلف العلامة السيد حسين ص ٤٧٨ ط/١ .

(٢) المحاكمة في القضاء تقريرات سماحة الوالد المؤلف العلامة السيد حسين ص ٤٨٢ ط/١ .

الحديث هو الحكم الوضعي دون الحكم التكليفي لمساعدة العرف على فهمه كما أن لفظة على متعلقة بالأموال ومقتضاها الحكم الوضعي .

أما لو تعلقت بالأفعال فمقتضاها الحكم التكليفي .

أما بالنسبة الى كون اليد هل تفيد الملكية بالأصالة أو انها تابعة للملكية إن كانت اليد مدركها الاجماع والأخبار الخاصة فإنها تفيد الملكية بنحو الأصالة وليست اليد من آثار الملكية كما هو مقتضى الترديد بين الامارية والأصلية فان الأصل تقديم الأصلية لكون الامارية فيها القيد الزائد والأصل عدمه والمورد هنا من هذا النوع .

كل ذلك إذا كان النظر الى مدرك اليد الاجماع أو الأخبار الخاصة كما ذكرنا .

وأما لو كان المدرك فيها بناء العقلاء فتكون اليد من آثار الملكية كما هو الظاهر والظاهر أن الخطيبة لما قبضت الهدايا لم تكن بنحو الهبة المعوضة فيمكن للزوج استرداد ما أعطاها ولم تكن يدها مالكة لتلك الجهات المقبوضة .

وأما بعض المهر أو المهر كله حيث لم يتحقق عقد على الزواج فلا تمتلكه لان المهر عوض عن البضع والخطبة مجرد اتفاق غير ملزم .

حقيقة الزواج في نظر اليهودية والمسيحية والقانون

عند المراجعة لمجموعة ابن شمعون في الأحوال الشخصية لليهود الربانيين وهكذا الى كتب القرائين لم نجدها مبينة لحقيقة الزواج .

ويبدو أيضاً عدم وجود تعريف من قبل الإرادة الرسولية للكاثوليك وإن عبرت المادة الأولى بانه السر الإلهي وهذا لا يعطي لوحة واقعية عن حقيقة الزواج .

أما مجموعة الأقباط الأرثوذكس كما جاء في المادة/ ١٤ بانه سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية يرتبط به رجل وامرأة بقصد تكوين أسرة والتعاون على شؤون الحياة ويثبت بعقد يجريه الكاهن .

وجاء في مجموعة الانجيليين الوطنيين في المادة ٩ بانه اقتران رجل واحد بامرأة واحدة اقتراناً شرعياً مدة حياة الزوجين .

ولم يكن ينظر الانجيليين البروتستانت الى كونه سراً إلهياً وانما اكتفوا الى ناحية كونه عقداً وقد ورد في تعريفه بأنه نظام قانوني ينشئه اتفاق بين رجل وامرأة على يد الشرع بعد استيفاء الإجراءات المرسومة بقصد تكوين أسرة .

ويبدو ان ما ذكره الدكتور شكري [(١)] لم يأت بصيغة جديدة سوى ما رسمته مجموعة الأقباط الأرثوذكس .

وقد عرفه القانون الوضعي بانه عقد شركة بين الزوجين (راجع افيجدور ص ٢٥٣) .

حقيقة الزواج عند الإسلام

استعرض القرآن الزواج في اتجاهين :

١ ـ قوله تعالى ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع . .﴾ سورة النساء ٣ . ويراد بالمناكحة هو الوطء والتقارب الجنسي بين الزوجين .

٢ ـ قوله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن﴾ سورة الأحزاب ٤٩ .

(١) نظام الزواج ص ١٢٢ .

ويقصد بالنكاح هنا العقد دون ملاحظة الاتصال الجنسي .

كما جاء عن طريق السنة بتعبيرين كما في قوله (ص) .

١ ـ وما من شيء أحب الى الله عز وجل من بيت يعمر في الاسلام بالنكاح وهذا التعبير يستوحى منه العقد .

٢ ـ قوله (ص) انكح وعليك بذات الدين [١] ويدل على الوطء دون النظر الى جهة العقدية اما بالنظر إلى آراء المذاهب السنية .

فقد ذهبت الحنفية الى ان حقيقة النكاح هو عبارة عن ضم وجمع مخصوص وهو الوطء [٢] .

وقالت المالكية النكاح حقيقة التداخل ويطلق في الشرع على العقد والوطء وأكثر استعماله في العقد [٣] .

وجاء عند الشافعية النكاح شرعاً عقد يتضمن إباحة الوطء باللفظ الآتي وهو حقيقة في العقد مجاز في الوطء لصحة نفيه عنه [٤] .

وذهب الحنابلة الى انه في الشرع عقد التزويج فعند إطلاق لفظه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل [٥] .

واختارت الامامية حقيقته (النكاح هو في الشرع عقد لفظي مملك للوطء ابتداء وهو من المجاز وتسمية السبب باسم المسبب [٦] .

---

(١) الكافي ج ٥/٣٢٨ ـ و٣٣٢ .
(٢) الاختيار لتعليل المختار ج ٣ ص ٨١ .
(٣) مواهب الجليل ج ٣/ص ٤٠٣ .
(٤) نهاية المحتاج ج ٦ ص ١٧٣ ـ ١٧٤ .
(٥) المغنى ج ٦ ص ٤٧٨ .
(٦) مجمع البحرين مادة نكح .

الشروط الموضوعية للزواج:

- عند اليهود.
- عند المسيحية.
- شرطية الرضاء عند الاسلام.
- الاجازة كاشفة أو ناقلة.
- مناقشة الآراء.
- صور الرضاء في الديانتين.
- نظرية الاسلام في صورة الرضاء.

الشروط الموضوعية للزواج عند اليهود

من الشروط الأساسية لإثبات حقيقة الزوجية .

أولاً : الرضاء بين الزوجين إلا أن في التلمود لم يشترط رضاء البنت أو الولد وإنما يكتفى برضاء الأب حيث يستطيع أن يزوّج ابنته لمن يرى من الرجال بل حتى وأن يختار بنفسه زوجة ابنه دون استشارته[1] .

وذهب القراؤون الى ضرورة الرضا وإلا فلا عقد ولا زوجية كما جاء عن شعار الخضر ص ٧٠ ولكن عند التلمود القول بعدم الاشتراط في الرضاء ويكفي رضاء الأب مع ما ذهب إليه القراؤون من ضرورة الرضاء مع التزامهم بمنهجية التلمود يكون تناقضاً منهم الا أنه ورد في المادة/٥٦ من مجموعة ابن شمعون للربانيين ما يستخلص منها الإشارة الى الرضاء الضمني بأن يعطيها ما يرمز للزواج من خاتم أو غيره وهذا يقتضي الإيجاب من قبله أما هي فيستخلص رضاؤها ضمنياً من قبول ما يقدم لها ومضمون الرضاء هو حل الاستمتاع بين الزوجين أو إعطاء كل منهما الحق على جسد الآخر .

الشروط الموضوعية للزواج عند المسيحية

إنّ الديانة المسيحية أيضاً تعتبر الرضاء في الزواج كما ورد في المادة/٧٢ من الإرادة الرسولية للكاثوليك .

وجاء في المادة ٩ من قانون الانجيليين الوطنيين .

(١) ثروت الاسيوطي ج١ ص ١٥٦ .

وورد في المادة ١٦ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس (١٩٥٥) التي تنص بأنه لا زواج إلا برضاء الزوجين .

شرطية الرضاء عند الإسلام

يعتبر الإسلام الرضاء من الشروط الأساسية في صحة العقد وبدونه يقع فاسداً .

ويوجد الرضاء سواء كان سابقاً على عقد النكاح أم كان مقارناً للعقد وليس الرضاء داخلاً في موضوعية العقد أو منتزعاً منه أو متعلقاً بنتيجة العقد .

أما لو أجري العقد من فضولي قبلاً ووقعت الإجازة من قبل المرأة بعد ذلك فهل تكون الإجازة كاشفة من حين وقوع العقد أو انها تكون ناقلة من حين صدور الاجازة دون ملاحظة وقوع العقد .

وقد ردت هذه النظرية بعدم صحة الاجازة المتأخرة ، وعدم تأثيرها في العقد السابق لأنه من تخلف المعلول عن العلة إلا أنه لا مانع من صدور الاجازة بهذا الشكل لأن الرضاء يكون بنحو التقدير الحاصل حال العقد أو بنحو النقل أو الكشف وليس المورد هنا من باب العلل الحقيقية التي توجب تخلف العلة عن المعلول وإنما هنا من باب العلل الشرعية والعلل الشرعية قابلة للتخلف لأنها من الأمور الاعتبارية .

الاجازة كاشفة أو ناقلة

نطلك على صفحات جديدة بما رسمه فقهاء الإسلام وكشفوا لنا أسرارا وضاءة حول ما لو صدر من المرأة الاجازة بعد العقد فماذا يكون مصير العقد هل يكون ملغياً أم يكون صحيحاً إذا تعقبته الاجازة ؟

ولكن كيف نتصور الاجازة مصححة وهي متأخرة عن العقد بذلك قد رسمنا ثلاثة خطوط في اتجاه الرضاء :

١ ـ ان يقع سابقاً على العقد .

٢ ـ أن يكون مقارناً للعقد بنحو الحصة الخاصة .

٣ ـ أن يكون الرضاء متأخراً والعقد سابقاً .

وهذا هو محل البحث العلمي الذي ساقه كبار رجالات الفقه الشيعي وإليك لمحات عن هذه الآراء :

١ ـ الكشف الحقيقي .

٢ ـ الكشف الحكمي .

٣ ـ الانقلاب .

هذه صور ثلاثة تعرض اليها كبار رجالات الشيعة في البيع والنكاح والاجارة . ولما كان لها تأثير في موضوعنا نقدم سجلاً عن معرفة مفاهيمها وتطبيقها على موردنا .

ولتعلم رعاك الله أن الكشف الحقيقي يراد به تحقق الاجازة وتكون كاشفة من حين العقد والرضاء يكون بنحو الشرط دون السببية .

فعلى هذا ان عنوان الزوجية قد تحقق قبل الاجازة ولكن بحصولها صار مورد الفعلية فالزوجية قبل الاجازة معلقة وبعدها صارت في دور الفعلية والتحقق ولذا قال جامع المقاصد ان العقد هو السبب التام والاجازة لا دلالة لها في السببية وإنما لها الدخل في الكشف عن ثبوت الأثر حينه .

وأما الكشف الحكمي فقد ذهب الشيخ الأنصاري [1] بان الاجازة لا تصلح أن تقع من حين العقد وإن وردت الأدلة فذاك بمقتضى الأدلة فيكون كشفاً حكمياً لا حقيقياً .

---

(١) المكاسب ط . ايران .

وقد دفع هذه النظرية صاحب المستمسك قال وفيه ان ذلك يختص بما اذا كان الأثر حقيقياً أما إذا كان اعتبارياً مثل الملكية والزوجية ونحوهما فلا مانع من ذلك لجواز إنتفاء سبب الاعتبار في الزمان الأول ووجوده في الزمان الثاني [1] أما النقل فقد أشرنا اليه ان الاجازة تقع من حين صدورها وليست ناظرة إلى أول تكوّن العقد وذكر وان الرضاء على نحو التقدير بمعنى ان العقد مقدر على رضاء الزوجة أو المالك ولكن لا مانع من وقوع الاجازة ودخالتها في العقد بنحو الوصف الانتزاعي وهو عبارة عن تعقب العقد بالاجازة .

والذي يأتي إلى ذهننا أن الرضاء بنحو الشرط دون السببية وان الاجازة المتأخرة لا تضر بالتأثير وليس المقام من نوع العلة الحقيقية وإنما المورد من القضايا الاعتبارية واما بالنظر إلى الكشف والنقل والذي يقرب إلى الذهن هو الكشف الحقيقي دون الكشف الحكمي ولا النقل .

وبيان ذلك ان الكشف يأتي على صور أربع :

١ ـ الكشف الانقلابي

ويقصد به أن الاجازة ليس لها تأثير في العقد لا بنحو الجزء للموضوع ولا بنحو الشرط له وانما العقد مؤثر في ناحية الزوجية أو الملكية وانما موقعية الاجازة ليس الا كونها سبباً لانقلاب العقد من دون نظر الى ناحية انضمامه مع الاجازة في التأثير .

وبهذا يمكن أن نفرق بين الكشف الانقلابي والنقل ان النقل تكون الاجازة دخيلة في التأثير بنحو الجزء للموضوع في العقد أو بنحو الشرط له .

٢ ـ الكشف المحض

وبه ذهب جامع المقاصد وصاحب الجواهر الى ان موضوع الوفاء هو

---

(١) المستمسك للسيد الحكيم مجلد ١٤ ص ٤٩٨ .

العقد بدون ضم جزء آخر إليه وقال صاحب الجواهر العلل الشرعية معرفات[1] .

٣ ـ الكشف المقارن :

ويقوم على إطر ثلاث ١ ـ حصول الرضاء بنحو الأمر التقديري بمعنى أن العقد مقدر عند وجود الرضاء.[2] ٢ ـ تعقب العقد بالرضا وهو عبارة عن المقارنة بين العقد والرضا . ٣ ـ الجهالة لدينا في التأثير حيث أن العقد بمجرده غير مؤثر والاجازة المتأخرة لا يعقل تأثيرها في المتقدم .

٤ ـ الكشف العلي (أو اللمي)

بمعنى ان الاجازة المتأخرة بنفسها شـرط حقيقة لتأثير العقد والمراد بالعلي أو اللمي هو كشف العلة عن معلولها فقد وقعت الاجازة كاشفة وعلة عن المعلول وهو العقد .

مناقشة الآراء

اما بالنظر الى الكشف الانقلابي فالذي نتأمله ان دور الاجازة تعطى مجرد سببية الانقلاب وإلا فمن حيث هي ليس فيها صلاحية الشرطية ولا جهة السببية والدخالة في موضوع العقد في التأثير .

وبهذا سلك أكثر أقطاب العلماء في هذا الميدان وأشار بذلك صاحب المكاسب وتمسك به في المستمسك[3] .

اما بالنظر الى ما أختاره صاحب جامع المقاصد والجواهر فان العقد لما

---

(١) الجواهر

(٢) نظرية الفقيه الايرواني في حاشيته على المكاسب ص ١٣٦ ط حجريه .

(٣) المستمسك ج ١٤ ص ٤٩٧ .

كان تام التأثير فلا موقعية للاجازة مع ان عدم دخالة الرضاء والاجازة خلاف ظواهر الأدلة .

وأما حديثنا مع الكشف الثالث ففي صورة الرضاء التقديري وهو انه لو لم يكن ملتفتاً حال العقد أو كان غائباً وقدر له الوجود لكان راضياً كما لو كان حاضراً ولم يدل بأي وجه يدل عليه الرضاء .

فذكر السيد اليزدي في عروته والشيخ في مكاسبه الى كفاية الرضاء بدون حاجة الى الاجازة (١) وان كان في المستمسك قال بان الرضاء التقديري لا دليل على الاجتزاء به (٢) .

وأما في مسألة التعقب لا ينتزع من ذات العقد وانما بملاحظة الاجازة المتأخرة وذكر الفيلسوف الاصفهاني في شرح المكاسب الاجازة المتأخرة مصححة للانتزاع ولا يعقل وجود الأمر الانتزاعي مع عدم المنشأ أو مع عدم مصحح الانتزاع (٣) .

وبالجملة في توضيح رأي الفقيه الاصفهاني ان التعقب يقع في مرتبة متأخرة عن الاجازة فكيف يكون مقارناً للاجازة .

واما بالنظر الى الجهالة في التأثير فعند صدور العقد من قبل الفضولي فليس الا انه قد جاء بالعقد مجردا عن أي وجود آخر مقارن للعقد فالشرط المتأخر لا مانع من صدوره لعدم الاستحالة في الأمور الاعتبارية .

واما الكشف العلمي فمبني على صحة الشرط المتأخر وقد ذكرنا في ميدان الأصول أن الشرط المتأخر لا مانع منه حيث انه بوجوده العلمي شرط مقارن كما في المتقدم والمتأخر أيضاً لانها واقعة في دائرة النفس وليست من

---

(١) المستمسك ج ١٤ ص ٥٠٠ . الحكيم .
(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٤٩٦ .
(٣) شرح المكاسب للفقيه الأصفهاني ص ١٤٥ ط حجريه .

الأمور الخارجية التي يستلزم فيها الاستحالة ويستدل على وقوع العقد الفضولي في النكاح بما ورد عن النبي (ص) عندما جاءت جارية بكر فذكر ان أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي (ص) .

وروى محمد بن مسلم انه سئل الباقر (ع) عن رجل زوجته أمه وهو غائب قال النكاح جايز إن شاء الزوج قبل وإن شاء ترك .

الا أنه روى عن طريق التسنن أن عائشة سألت رسول الله (ص) قالت ربما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل .

ورواية أبي موسى الأشعري عن النبي (ص) لا نكاح إلا بولي .

واستدل بقوله تعالى ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾ وقد حكم الشيخ الطوسي بعدم صحة العقد الفضولي بمقتضى هذه الروايات والاستدلال بالآية .

والذي نتأمله في ميدان هذا الاستدلال ان الروايات جاءت من طرق العامة فلا يمكن الاستدلال بها مع امكان حمل هذه الروايات أيضاً على البطلان قبل الاجازة مع ما في تلك الروايات من الوثاقة وتقبل الأصحاب في صحة إجراء العقد قبل وقوع الاجازة .

واما بالنظر الى رواية عروة البارقي عندما أمر رسول الله (ص) بشراء شاة بدينار فاشترى شاتين بها وباع أحديها بدينار ورده مع الأخرى فأجازه النبي (ص) وقال بارك الله في صفقة يمينك[1] .

واعترض الشهيد الثاني في دلالة عروة ببطلان عقد الفضولي مطلقاً استنادا الى أن العقد سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عنه

---

(١) الوسائل ـ باب النكاح .

أو وليه لئلا يلزم من صحته عدم سببيته بنفسه وان رضاء المعقود عنه أو وليه شرط والشرط متقدم[1] .

ولكن يمكن تصوير رواية عروة قد يكون عقده وتصرفه بنحو البيع الفضولي وانه أحرز الرضاء النفساني من الرسول (ص) وقد يكون مفوضاً في التصرف فباع واشترى بلحاظ الوكالة العامة من قبل النبي (ص) .

صور الرضاء في الديانتين

نعرض صور الرضاء بما يلي إجمالاً :

١ ـ الرضاء من الجانبين .

٢ ـ التطابق بين الرضاء الباطن والظاهر .

٣ ـ الرضاء لطلب غاية غير الزواج كالثراء .

٤ ـ الرضاء الصوري .

٥ ـ التعبير عن الرضاء أو الإرادة .

٦ ـ سلامة الرضاء من العيوب كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

٧ ـ رضاية الأسرة .

نقدم إليك سجلاً موسعاً عن هذه الصور التي تناولتها الديانة اليهودية والشريعة المسيحية .

أما الصورة الأولى :

فقد ورد في شعار الخضر ص ٧٠ ـ للقرائين افتراض الرضاء بالزواج من جانب الزوج والزوجة وأن ينصب على ما يعتبر مضمون الزواج أو محله وهو حل الاستمتاع بين الزوجين أو إعطاء كل منهما الحق على جسد الآخر كما تفترض طبيعة الزواج نفسه أن يكون الرضاء به حالاً .

(١) الروضة الدمشقية ص ٦٥ ج ٣ ط الحجرية ايران .

أما الصورة الثانية :

فقد ورد في المادة ٧٧ من إرادة الكاثوليك بانه من المفروض دائماً أن هناك رضاء باطناً مطابقاً للألفاظ أو الإشارات التي انعقد بها العقد ولكن إذا استبعد أحد العاقدين أو كلاهما بصورة إيجابية إرادة الزواج أو إرادة ممارسة الحق الناشىء عنه أو استبعد أية خاصية من الخصائص الجوهرية للزواج كان العقد لاغياً .

وبهذا المعنى جاء في المادة ١٠٨٦ من القانون الكنسي الغربي .

أما بالنسبة الى الديانة اليهودية والمسيحية فلم نشاهد نصاً صريحاً على التطابق .

أما الصورة الثالثة :

ويراد بها أن يقدم الزوج أو الزوجة على غاية ليس هدفها الزواج كأن يقدم الشخص على التزوج من فتاة للاستفادة من ثرائها .

لم نر من الديانتين ما أشارت الى هذا الفرع ولكن يبدو أنه ليس العقد باطلاً وإنما هو داخل في صورة الغلط .

ويبدو أن المادة ٧٧ من الشريعة الكاثوليكية مما يدل على عدم صحة الزواج إذا استطاع المدعي أن يقيم دليلاً على اضمار احد المتعاقدين بما يخالف حقيقة الزواج .

أما الصورة الرابعة :

وهو الإقدام على الزواج كمجرد مظهر يخفي قصداً نحو تحقيق غاية لا صلة لها بمضمونه وهذا الفرض هو الوحيد من كل ما تقدم الذي يصدق عليه وصف الزواج الصوري بالمعنى الدقيق [1] .

---

(١) أحكام الاسرة المصريين غير المسلمين بدون تاريخ ص ١٦٦ بند ٣٠ سمير تناغو .

وبهذا حكمت محكمة استئناف ليون على زوج تزوج لقصد التجنيد لا لأجل الزواج ببطلان الزواج وهكذا في محكمة جرينوبل حيث قصدت الفتاة اكتساب جنسية أخرى بغية مغادرة البلاد .

أما الصورة الخامسة :

جاء نص صريح في شريعة اليهود والنصارى كما تلاحظه في المادة ٥٦ لابن شمعون وشعار الخضر ص ٧٥ من الأرثوذكس والانجيليين على عدم نص صريح في التعبير عن الإرادة إلا انه ورد في الإرادة الرسولية لشريعة الكاثوليك في المادة ٧٩ بأنه على الشخصين أن يعبرا عن رضاهما بالألفاظ ولا يجوز لهما استعمال إشارات تعادلهما اذا استطاع النطق ووافقها في المؤدى المادة/١٠٨٨ ـ ٢ من القانون الكنسي الغربي .

وقد اكتفت شريعة اليهود بمجرد الإشارة الدالة على المقصود كما جاء في المادة ٤٨ من مجموعة بن شمعون والمادة ١٧ من مجموعة الأرثوذكس .

أما الصورة السادسة :

سوف نتعرض اليها في الإكراه والغلط والتدليس .

أما اصابة الاسرة فقد جاء في الديانة اليهودية سوف نذكر في ولاية الآباء وقد أشرنا إليها اجمالاً .

نظرية الاسلام في صورة الرضاء

يعتبر الاسلام انه من أهم توطيد العقد واستقراره حصول الرضاء ولا يكفي الرضاء من جانب واحد سواء كان من طرف الزوج أم من طرف الزوجة كما روي عن الامام الباقر (ع) عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين فقال (ع) النكاح جايز وأيهما أدرك كان له الخيار[1] .

---

(١) الوسائل باب النكاح .

وبمقتضى السير مع مضمون هذه الرواية ان وقوع العقد وان صح مسبقاً الا انه محتاج الى الرضاء من الطرفين فان أجاز صح العقد وسرى اثره وإلا كان ملغياً .

أما في صورة التطابق بين الرضاء الظاهري والباطني فهذا متعلق في بحث الإكراه وسوف نمر عليه في موضوعه .

وأما بالنظر الى إقدام الزوج أو الزوجة نحو الغاية دون لحاظ الزواج فيمكن رسم هذا الفرع على طبق الميزان العلمي .

ان الزواج تارة يلحظ في جانبه الموضوعية وأخرى يلحظ في جانبه الطريقية فإذا لوحظ فيه الطريقية للغاية فهل يكون لاغياً أم لا .

الذي يقرب الى الذهن صحة العقد لأن القصد إلى إيجاد العلقة قد تحقق منه عن رضاء إلا انه جعل إثبات العلقة لتحقيق مآرب أخرى وهذا لا يضر بأصل العقد واستقراره .

ويمكن أن نعبر في هذا الميدان أن الزوج أو الزوجة لهما نظرتان طوليتان نظرة إلى ذات العلقة ونظرة الى تحقيق الغاية وليس المورد من نوع افناء إرادة الرضاء في الغاية وجعل الرضا معنى حرفياً في ذات المعنى الأسمي الذي هو الغاية .

وتتجلى لديك الصورة الرابعة في محكمة ليون ومحكمة جونيوبل أن العقد صحيح وأن حكمهما ببطلان العقد غير تام برهاناً .

وأما صورة التعبير عن الإرادة بألفاظ مفهمة فلا ينكره القانون الإسلامي والبحث يقع في نقاط :

١ ـ انه في استطاعته أن يعبر بالإشارة عن الألفاظ وأن الاستطاعة في كل من الألفاظ والإشارة يمكنه أن يؤدي مقصوده من الرضا فيهما في عرض واحد .

٢ ـ عدم القدرة على الألفاظ كالأخرس أو وجود مانع من إظهار الرضاء بالألفاظ الصريحة .

٣ ـ أن يأتي الرضاء بالكتابة دون الألفاظ .

٤ ـ حصول الرضاء بالألفاظ المشتركة أو المجاز .

٥ ـ أن يقع متعلق الرضا معينا لا مجهولاً .

٦ ـ التفرقة بين الاجازة والرضاء .

لا يخفى أن الإرادة من الصفات النفسية ويكون اللفظ كاشفاً عن تلك الصفات الإرادية وذهب صاحب الكفاية الى كفاية الرضاء القلبي .

والذي نلمسه في هذا الميدان الرضائي ان الرضا تارة يأتي بكلمة رضيت وأخرى بلفظ لازم للرضا ويمكن أن نعبر عن الأول بالدلالة المطابقية والثاني بالدلالة الالتزامية كما في مثل أجزت وانفذت وامضيت وثالثة يكون الرضاء محققاً بالانشاء سواء كان الانشاء محققاً أم كاشفاً .

ومن تقديم هذه المجموعة نلتقط الخطوط الرئيسية في البحث وهي أن الألفاظ والكتابة أو سائر الانشاءات الدالة على الرضاء في عرض واحد وكلها طرق للرضاء القلبي .

أما اللفظ المجمل كاللفظ المشترك أو المجاز فإذا احتمل عدم معرفة الرضاء بهذه الألفاظ المشتركة أو المجازية وجب على كل من الزوجين إظهار رضائهما بلفظ صريح أو وجود قرينة واضحة دالة على الرضاء .

ولابد أن يتوجه الرضاء منهما على موضوع معين لا على شيء مبهم فيكون متعلق الرضاء أما على الزوج أو الزوجة أما اذا قال الرجل رضيت بالمرأة بمعنى كل المرأة أو قالت المرأة رضيت بالرجل وقصدها بكلي الرجل من غير تعيين على أحد الطرفين فلا يقع الرضاء صحيحاً لجهالة المتعلق .

وبما ذكرنا تعرف أن مفهوم الاجازة يتعلق على جهة الدلالة الالتزامية والرضاء يكون في إطار الدلالة المطابقية .

واتضح لديك ان الانشاء اللفظي والإنشاء الفعلي كلها طرق إلى إثبات موضوعية الرضا القلبي وكاشفة عنه .

فمع العلم بالرضا من جانب الزوج أو الزوجة يكفي إجراء العقد ولا حاجة إلى اللفظ الصريح إذا كانت بقية الطرق ترشدنا إلى ذي الطريق .

سن الزواج:

- عند الديانة اليهودية.
- عند الديانة المسيحية.
- عند الاسلام.
- عيوب الارادة.

سن الزواج عند الديانة اليهودية

ورد سن الزواج عند الديانة اليهودية بحسب شريعة اليهود الربانيين بثلاث عشرة سنة للولد واثنتا عشر ونصف بالنسبة للبنت فإذا بلغ كل منهما هذا السن كان له حق ولاية التزويج لنفسه بمقتضى ما ورد في المادة (م ٢٣ ـ ٣٤) من مجموعة ابن شمعون .

وجاء في شريعة القرائين ان المدار في البلوغ بما يحدث في الجسم من تغييرات طبيعية راجع بذلك العلامات المادية (شعار الخضر ص ٧٣) .

وهذه الشريعة لديها حكم ولاية الإجبار في تزويج البنت قبل سن الزواج .

سن الزواج عند الشريعة المسيحية

جاء سن الزواج عند الأرثوذكس الأقباط في ثمانية عشرة سنة للرجل وستة عشرة سنة للمرأة المادة/ ١٥ / ولكن لا يكتفون بذلك إلا مع استقلالهما في التزويج في الوصول الى ٢١ سنة راجع مادة ١٨ وإلا احتاج الى موافقة الولي راجع مادة/١٩/ .

وجاء في مجموعة الانجيليين البروتستانت الى نفس ما ذهب اليه الأرثوذكس إلا انهم اكتفوا في سن الثمانية عشرة للرجل وستة عشرة للمرأة .

أما في مذهب الكاثوليك فيكفي بلوغ الرجل سن ستة عشر سنة

والبنت أربع عشرة سنة حتى يكون لكل منهما أن يستقل بتزويج نفسه دون حاجة إلى موافقة الولي حتى لو كانا لايزالان بعد قاصرين راجع (المادة /٥٧/ من الإرادة الرسولية) .

سن الزواج عند الشريعة الاسلامية

ورد في صحيح الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال (ع) إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين[1] .

وفي خبر زرارة عن أبي جعفر (ع) قال لا يدخل بالجارية حتى يأتي لها تسع سنين أو عشر سنين[2] وعن علي (ع) قال لا توطأ جارية لأقل من عشر سنين فإن فعل فعيبت فقد ضمن[3] الروايات كثيرة في هذا المضمار في بيان التحديد في سن البنت الى مقدار تسع سنوات فالميزان على هذا هو التسعة أما ما ورد في الترديد بين التسعة والعشرة أو رواية الإمام علي (ع) هو الحمل على الاستحباب في طرف الكثرة وإن كانت الرواية الأخيرة لم يذهب إليها الأصحاب لشذوذها وأما ما دون القلة فلا يجوز وطؤها قبل إكمال تسع سنوات .

كما ورد عن أبي عبدالله (ع) إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرق بينها ولم تحل له أبداً[4] .

وإن كانت هذه الرواية لا يعمل بها من حيث ضعف السند مع أن موردها ليس في مقام الافضاء والذي نلاحظه من جملة الروايات ان مورد الافضاء يوجب التحريم وإن لم يكن إفضاء فلا تحريم وإن كان في صحيح حمران عن أبي عبدالله (ع) قال سئل عن رجل تزوج جارية بكراً لم تدرك فلما

(١) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب : ٤٥ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧ .
(٤) الوسائل باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة النكاح حديث ٢ .

دخل بها افتضها فأفضاها فقال إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضها فانه قد أفسدها وعطلها على الزواج فعلى الامام أن يغرمه ديتها وإن أمكنها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه[1] .

تدل هذه الرواية على عدم تحريم الزوجية .

إلا أن جمهرة العلماء من الشيعة الامامية قالت بالتحريم .

والمهم في البحث انه من المجموع نكتشف أن التحديد في سن الزواج للمرأة أن تبلغ التاسعة من العمر هذا بالنظر الى المرأة .

وأما الرجل فقد لاحظ الإسلام عنوان التكليف الشرعي وقد حدده إلى سن الخامس عشرة من عمره فأوجب عليه أداء التكاليف العبادية ولكن بالقياس الى التزويج لم يلحظ في جانبه التحديد وإن كره له التزويج قبل البلوغ .

عيوب الارادة

فسرت الإرادة بالرضاء كما تناول ذلك القانون الوضعي والشرائع اليهودية والمسيحية وقد أوضحنا في حديثنا ان الرضاء يحكي الكيف المسموع والارادة تحكي الصفات النفسية وقد أدخل في دائرة عيوب الإرادة أمور :

١ ـ الغلط .
٢ ـ التدليس .
٣ ـ الاكراه .
٤ ـ الاستغلال .

---

(١) الوسائل باب ٣٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ .

الـغلــط:

- في نظر الديانة اليهودية.
- في نظر الديانة المسيحية.
- في نظر الاسلام.
- التدليس في نظر الأرثوذكس.
- نظرية الاسلام في التدليس.

الغلط في نظر الديانة اليهودية

يأتي الغلط في عرف الديانة اليهودية على نحوين :

١ ـ الغلط في ذات الشخص وهذا لدى الشريعة القرائية الحكم ببطلان الزواج راجع شعار الخضر (ص ١٨٥) .

٢ ـ الغلط في صفة الشخص فانه يوجب الطلاق لا البطلان كعدم البكارة أو انها معيبة لا تليق للرجال أو ظهر بها عيب شرعي لم يكن يعلم به الرجل أو كان بها رائحة كريهة المواد ٥٣ ـ ١٥٨ ـ ١٥٩ ـ ١٦٠ ـ من مجموعة ابن شمعون [1] .

وجاء في المادة ٢٠ ـ ٢١ من مجموعة بن شمعون ان التروي في الزواج لا بد منه وجعلت من المكروه عقد الرجل على الزوجة من غير أن يراها وكذلك زواج الشيخ بصبية وزواج العجوز بصبي وهذا مما يستدل على الحيطة من الوقوع في الغلط . والحكم في صورة العلم بالنسبة للمرأة إذا اكتشف لديها أن الزوج كان ذا رائحة كريهة في أنفه أو فمه أو لأنه اشتغل دباغا فيجوز لها طلب الطلاق بشرط عدم علمها بهذه العيوب (المادة ٢٠٦ ـ ٢٠٧ من مجموعة ابن شمعون) .

---

(١) راجع شعار الخضر ص ١٢٢ ـ ١٢٤ ـ ١٢٦ .

الغلط في نظر الشريعة المسيحية

جاء في المذهب الكاثوليكي من المادة ٧٤ من الارادة الرسولية .
١ ـ بأن الغلط في الشخص يبطل الزواج .

٢ ـ الغلط في صفة الشخص وإن كان الغلط سببا للعقل لا يبطل الزواج ما لم يؤد الغلط في الصفة الى الغلط في الشخص أو ما لم يبرم شخص حر عقد زواج من شخص يظنه حرا بينما هو بالعكس عبد رقيق .

وبهذه المادة قد فككت بين الغلط في ذات الشخص والغلط في صفة الشخص البطلان في الذات وعدمه في الصفة .

أما بالنظر الى مجموعة الاقباط الارثوذكس (١٩٥٥) كما جاء في المادة ٣٦ بانه إذا وقع غش في شخص أحد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج إلا من الزوج الذي وقع عليه الغش وكذلك الحكم فيما اذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة بأن ادعت أنها بكر وثبت أن بكارتها أزيلت بسبب سلوكها أو خلوها من الحمل وثبت انها حامل . أما البروتستانت فلم يظهر لدينا ما يجعل الغلط من عيوب الرضا إلا أنه قد نستوحي الفكرة عن طريق الكاثوليك لتقارب أحد المذهبين[1] وإن كان في ذلك لا يخلو من بعد ما لم يثبت دليل بالخصوص .

نظرية الغلط في الشريعة الاسلامية

يمكن تصوير نظرية الغلط في الشريعة الاسلامية تحت عنوان الجهل بالحكم والموضوع وينطبق على عدة مصاديق :

---

(١) الاحوال الشخصية لغير المسلمين الكتاب الأول الزواج ١٧٩٦ الدكتور جميل الشرقاوي .

١ ـ الجهل بوجود مائع لا يعلم حقيقته هل هو خمر أم عسل فاذا شربه وصادف كونه خمرا فقد ارتكب الغلط وإن لم يكن ماثوما لكونه شبهة موضوعية لا يجب الفحص فيها والأصل البراءة في الشبهات الموضوعية .

٢ ـ أما لو كان في البين وجود مائين وعلم بوجود خمر في أحدهما ولم يعلم باحدهما فانه يجب الابتعاد عنهما للعلم الإجمالي فاذا ارتكب أحدهما وإن لم يصادف الخمر وإن لم يشمله عنوان الغلط والاشتباه إلا أنه ماثوم لجرأته على عدم الاحترام في ساحة العبودية ويصدق عليه ، متجرئا لخبث نفسيته على عدم الطاعة والانقياد .

أما إذا صادف الخمر فقد ارتكب الغلط واستحق عقاباً واحداً لشرب الخمر .

٣ ـ اما بالنظر الى الغلط في أحكام الزواج فمواردها كثيرة :

منها إذا وطأ الرجل امرأة شبهة فإن كانت عالمة فلا مبرر لها لما ورد لا مهر لبغي وإن كانت جاهلة فعليه مهر الأمثال .

منها : إذا عقد على امرأة بعدة الوفاة أو العدة الرجعية أو البائن فمع العلم باحدهما لا يصح العقد ومع الجهل بالحكم أو الموضوع فالحرمة مشروطة بالدخول لا مجرد العقد (١) .

منها : الدخول بها بعنوان البكارة فظهرت ثيباً فهنا لا أثر لبنائه أو اشتراطه لأن البكارة ليست من حقيقة العقد ولا ينفسخ العقد بذلك وإن كان له حق التفاوت ما بين الباكرة والمرأة الثيب نظير ما لو عقد على امرأة بعنوان كونها خياطة أو كاتبة أو صاحبة مهنة فظهر عدم وجود هذه الصفات فلا ينفسخ العقد لعدم دخاله هذه الصفات في حقيقة العقد .

ومنها : فيما لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابقة واللاحقة فمع العلم

---

(١) الكلم الطيب لسماحة والدنا ص ١٢٧ .

بتاريخ أحد العقدين حكم بضمه أحدهما وترك الآخر لجهالته مع ما في الثاني من جريان الأصل على عدم التزويج في الأخت إلى حين ما هو عليه .

بخلاف ما لو جهل تاريخهما معا فالعلم الاجمالي يلزم بالاجتناب عنهما معاً .

وذكر صاحب التذكرة والقواعد وكشف اللثام إلزام الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما وقد تمسك كشف اللثام لأدلة العسر والحرج وقد نوقشت نظرية إجبار الطلاق بأنه يلزم وقوعه في الطلاق المكره وهو باطل وإنما يقع دور الحاكم الشرعي أن يقوم بالفسخ .

وردت نظرية الإجبار عن جماعة بان الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراهاً على واجب وإلا فهو بمنزلة الاختيار ووجوب الطلاق لأنه أحد عدلي الواجب التخييري المستفاد وجوبه من قوله تعالى ﴿الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾ البقرة - ٢٢٩ [1] .

ودفع السيد الحكيم نظرية صاحب كشف اللثام قال وفيه ان الضرر أو الحرج ليس من الزوجية بل من أحكام الزوجية بعد الاشتباه فدليل نفيهما يقتضي تلك الأحكام .

لكن ليس بناء الفقهاء عليه فلا يجوز الزنا للحرج ولا يجوز أكل مال الغير للحرج ولا يجوز شرب الخمر للحرج فلا يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم وإن كان مجوزاً لترك الواجبات وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات في ذلك غير ظاهر ومقتضى دليل نفيه نفي التحريم كنفى الوجوب ومقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الاختين أن يستمتع بها غير المعقود له رفعا للحرج لا وجوب الطلاق على الزوج [2] .

(١) المستمسك ج ١٤ ص ٢٤٥ .
(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٢٤٧ .

والذي نلمسه ان الحاكم الشرعي هو الذي يقوم بالفسخ بقيام رفع الضرر عن كلا الزوجين لأنه من شئونه لقطع مادة الفساد وإبقاء النسل الصالح واستمراره .

وبالجملة ان متعلق الغلط تارة يكون مؤثراً في حقيقة العقد فيكون موجباً لبطلانه وذلك يستفاد عن طريق الأدلة وإلا فلا .

كما انه جرى ذلك في القانون الفرنسي المدني من المادة/ ١٨٠ قبل تعديله بقانون ١١ يوليه سنة ١٩٧٥ فإن المادة حين ذاك لا تجيز إبطال العقد للغلط إلا إذا كان هذا الأخير قد وقع في الشخص ـ ويقصد به العيوب ـ ويشترط أن يرفع من وقع في الغلط دعوى الابطال خلال ستة أشهر من العلم به وإلا سقط الحق فيها (م ١٨١) .

ومن موارد الغلط في الشريعة الإسلامية لدى الإمامية إذا اختلف الاسم والوصف أوا حدهما مع الاشارة إلى ما ذكره ذكر الفقيه اليزدي أخذ بما هو المقصود وألغى ما وقع غلطا مثلا لو قال زوجتك الكبرى من بناتي فاطمة وتبين ان اسمها خديجة صح العقد على خديجة التي هي الكبرى ولو قال زوجتك فاطمة وهي كبرى فتبين انها صغرى صح على فاطمة لانها المقصودة ووصفها بانها كبرى وقع غلط فيلغى وكذا لو قال زوجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرى فتبين أن اسمها خديجة أو انها صغرى فإن المقصود تزويج المشار اليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بانها الكبرى وقع غلطا فيلغى (١) .

وذكر في التذكرة لو قال له زوجتك بنتي فلانة وسماها بغير اسمها ولا بنت له سوى واحدة فالأقوى الصحة وهو أصح وجهي الشافعية لان البنتية صفة لازمة فيتعين ويلغى الاسم المذكور بعده والثاني لا يصح النكاح لأنه ليس له بنت بذلك الاسم ولو قال زوجتك هذه فاطمة وأشار اليها وكان

---

(١) العروة الوثقى للفقيه اليزدي .

اسمها زينب فالوجهان للشافعية[1] .

والميزان في ذلك ان الأسماء والأوصاف لم تكن دخيلة في حقيقة المعنى ويكون مثل هذا النوع من قبيل تعدد المطلوب فحقيقة الشيء مطلوب والأسماء والأوصاف مطلوب آخر أما لو كانت الأسماء والأوصاف دخيلة في حقيقة المعنى لكان من نوع وحدة المطلوب فلا يصح العقد إذا وقع غلطاً .

التدليس في نظر الارثوذكس

لم نر من الشرائع من جعل التدليس من مصاديق عيوب الإرادة الا ما يبدو من مجموعة الأقباط الارثوذكس مادة ٣٦ (١٩٥٥) حين تكلمت عن الغش الذي يقع في شخص أحد الزوجين أو في شأن بكارة الزوجة أو خلوها من الحمل حين تدعي هذه الأخيرة بانها بكر أو خالية من الحمل على خلاف الحقيقة ومثل هذا الادعاء الكاذب الذي يتجرد من الطرق الاحتيالية لا يشكل تدليساً بالمعنى الدقيق وإن أدى الى تعيب الإرادة بالغلط[2] .

أما في نظر القانون المدني الفرنسي لم يذكر التدليس من ضمن أسباب بطلان الزواج[3] .

نظرية الإسلام في التدليس

نقدم لوحة بما جاء في مذهب الامامية عن حقيقة التدليس .

ويراد به بحسب اللغة التدليس بالتحريك بمعنى الظلمة كأن المدلس

---

(١) التذكرة للعلامة .

(٢) الأحوال الشخصية لغير المسلمين ج ١ الزواج ص ٨٤ ـ ٨٥ للدكتور جميل الشرقاوي .

(٣) نظام الزواج للدكتور شكري ص ١٤٢ .

يأتي خصمه في الظلمة ويقع التدليس تحت مفهوم الغش وما ذاك إلا ستر ما لا يرغب فيه فيما يرغب فيه كشوب اللبن في الماء فالحرمة عند عرضه على البيع .

وينطبق الغش على عدة مجالات :

١ ـ لو أعطى زيداً بعنوان كونه عالماً فبان جاهلاً .

٢ ـ لو صلى خلف زيد فظهر خالد .

٣ ـ لو باع كتاباً شعرياً فظهر كتاب نثري .

٤ ـ أو فيما لو دلست أمة فادعت انها حرة فتزوجها حر ودخل بها فظهرت أمة فحكمها المفارقة وعليه إعطاء المهر لسيدها المالك وهو العشر ونصف العشر وإن ادعى المسمى أو المثل كما يبدو من ظاهر الشرائع .

وقد أشار الامام الصادق (ع) عن حكم هذه الواقعة بما ورد عن موثق سماعة قال سألت أبا عبدالله (ع) عن مملوكة أتت قوما وزعمت انها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ثم ان مولاها أتاهم فأقام عندهم البينة انها مملوكة وأقرت الجارية بذلك فقال (ع) تدفع إلى مولاها هي وولدها وعلى مولاها أن يدفع ولدها الى أبيه بقيمته يوم يصير اليه قلت فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به قال (ع) يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده قلت فان أبى الأب ان يسعى في ثمن ابنه قال (ع) فعلى الامام أن يفتديه ولا يملك ولد حر [1] .

فقد عرضت هذه الرواية صفة عن عنوان التدليس وان المرأة جاءت بعنوان كونها حرة فظهرت بعد البيع انها أمه مملوكة فقد ادعت بما ليس فيها من عنوان الحرية وهذا غش بالنسبة الى الزوج فعند صدق عنوان الزوجية ليس من ناحية بطلان العقد وإنما لجهة عنوان الحرية والمملوكية فيكون عدم

---

(١) الوسائل باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث ٥ .

استقرار العقد على عدم موضوع له لأنها أصبحت مملوكة للغير وقال في القواعد لو انتسب إلى قبيلة فبان من غيرها أعلى أو أدون من غير شرط فالأقرب انه لا فسخ وكذلك المرأة .

قال في الجواهر قد تكرر منا غير مرة قوة ثبوت الخيار بالتدليس بصفة من صفات الكمال على وجه يتزوجها على انها كذلك فبان الخلاف أي صفة كانت لظهور نصوص التدليس منه خصوصا المشتمل منها على التعليل الذي يكشف عن الوجه فيما ورد الخيار به من التدليس بالحرية ونحوها مضافاً الى فحوى خبر الحلبي وخبر حماد بن عيسى عن جعفر عن أبيه (ع) انه خطب رجل الى قوم فقالوا ما تجارتك فقال أبيع الدواب فزوجوه فإذا هو يبيع السنانير فمضوا إلى علي (ع) فأجاز نكاحه وقال ان السنانير دواب [1] وخصوص نص الحلبي في رجل تزوج امرأة فيقول انا من بني فلان فلا يكون كذلك قال يفسخ النكاح أو قال يرد [2] فدلالة هذه الرواية على عدم الشرطية وإنما لها الخيار في الفسخ .

٥ ـ ان العيوب ليست راجعة تحت عنوان التدليس ويكون حكمه الفسخ وهو في عرض سائر العيوب من الجنون والبرص والجذام والعنن ونحوها .

ويمكن أن يستدل على بعض هذه المجموعة بما ورد في صحيح الحلبي انما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل،والعفل أيضاً يطرأ على المرأة والعفل هو شيء يخرج من قبل النساء وهو خاص في النساء من حيث الحكم .

وهذه الرواية تعرضت العفل والبرص والجذام والجنون والعفل في

---

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٢ .

(٢) الوسائل باب ١٦ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

الرجل هو شيء يخرج شبيه الادرة وعيوب المرأة الجنون والجذام والبرص والعمى والاقعاد والقرن وهو كالسن يقع في الفرج يمنع من الوطء والعفل هو اللحم الذي يقع في الفرج والافضاء والرتق ويراد به التحام الفرج وعدم موضع لدخول الذكر .

وذكر ان العفل والرتق والقرن ألفاظ مترادفة في كونها لحماً ينبت في الفرج يمنع من ادخال الذكر في الفرج .

وينبغي أن يحدد البحث في هذه العيوب هل هي حكم أم حق فإن كانت من نوع الحكم فلا فورية في جانب الزوجين ويكون المورد من الانفساخ دون الفسخ لأن الانفساخ حكم وليس بحق ويتفرع على ذلك أيضاً عدم المصالحة لو أراد أحد الزوجين إعطاء الطرف الآخر مالا عوضاً عن تلك العيوب لأنها لما كانت من الأحكام فلا تقابل بالمال ويتفرع أيضاً لو طرأت العيوب بعد العقد فانه يكون من نوع الانفساخ وبهذا تخرج الزوجية عن زوجيتها .

ولكن الذي يقرب الى الذهن أن العيوب من نوع الحق دون الحكم ويتفرع على ذلك الفورية بمجرد العلم واما في صورة الجهل من الطرفين فلا موضوعية للفورية . وكذا يصح لكلا الطرفين المصالحة على معايبه بالمال .

وهكذا يتفرع فيما لو طرأت العيوب بعد ذلك فانها بعد العقد لا تكون مورداً للانفساخ وثبوت الخيار لهما .

أو لا مورد لاصالة اللزوم في العقد وللاستصحاب في جريان العقد وعدم اثر العيب بعد استقرار العقد وعند الشك في ارتفاع اللزوم منه اليقين السابق هو اللزوم .

وإن كان هذا البحث سوف نشير اليه مرة أخرى في عنوان المرض الذي تتعرض اليه الديانة اليهودية والشريعة المسيحية .

الاكـــراه:

- في الديانة اليهودية.
- في الديانة المسيحية.
- في الاسلام.
- الاكراه والاضطرار.
- وجوه الاكراه.
- الاكراه والتورية.

الاكراه في الديانة اليهودية

لم يرد نص خاص في كون الاكراه عيباً من عيوب الرضا ، في الكتب اليهودية ولعله عند ملاحظتنا لولاية الاب على ابنته مما تجيز الاكراه ولو كانت البنت كارهة للزواج .

تستعرض مجموعة ابن شمعون في المادة ٤١١ ـ ٤١٢ ـ فيما لو اعتدى شخص على بكارة البنت بالتغرير أو بالقوة وذلك بان يعقد عليها .

وجاء في شعار الخضر ص ٧٠ أن رضاء المعتدى عليها بهذا الزواج أمر لازم .

وجاء في مجموعة ابن شمعون في المادة ٤١٤ ان يطلب من المعتدي أن يعقد على البنت فتلزمه شرعاً متى كان حلاله ولو كانت معيبة .

وجاء في مجموعة ابن شمعون في المادة ٤١٥ اذا ما رفض امكن مجازاته بالحرمان الشرعي حتى يمتثل .

ولكن الذي يبدو أن شعار الخضر يرى أن مثل هذه المجازاة لم يكن من نوع الاكراه ـ راجع شعار الخضر ص ٧٠ .

الاكراه في الشريعة المسيحية

عرضت الشريعة الرسولية المادة ١٧٧ من الارادة الرسولية بانه

١ ـ لا يصح الزواج المعقود عن قسر أو خوف شديد توقعه دون علة خارجية لاكراه احد الفريقين على الرضا .

٢ ـ كل خوف غير هذا ولو سبب ابرام العقد لا يلزمه بطلان الزواج راجع القانون الكنسي الغربي من المادة ١٠٨٧ .

ويقع مقصود الشريعة الكاثوليكية على انحاء :

١ ـ ان يكون مصدر الاكراه العلة الخارجية .

٢ ـ ان يصدر الاكراه عن شخص .

٣ ـ ان يوجد الاكراه عن خوف شديد بان يحصل تحت (سلطان رهبة) .

٤ ـ ان يكون الاكراه بقصد حمل المكره على الزواج وان كان لا يهم في هذا الشأن ما اذا كان قد وقع بقصد دفع شخص إلى مجرد التزويج أو إلى الزواج من شخص بعينه[1] اما اذا وقع لغاية اخرى فلا يعتد به .

٥ ـ ان يكون القصد من الاكراه الوصول إلى غرض مشروع أو غير مشروع كأن يهدد والد البنت شخصاً بقتله ان لم يتزوجها ولو كان هذا الشخص قد اغتصب هذه البنت وقصد الاب بذلك الزواج درء الفضيحة اما اذا كان التهديد بوسيلة مشروعة كابلاغ النيابة العامة في مثل هذا الغرض فلا يقوم الاكراه .

اذا توافرت كل هذه الشروط كان الرضا بالزواج باطلاً على أن يلاحظ ان المفهوم من شروط تصحيح مثل هذا الزواج في الشريعة الكاثوليكية .

---

(١) الوجيز ص ٢٦٠ ـ ٢٦١ ـ أحمد سلامة .

ان بطلان الزواج هنا يكون بطلانا مطلقاً كما ان ذلك ما يستفاد أيضاً من القانون الكنسي الغربي[1] .

وجاء في الشريعة المسيحية للانجيليين في المادة ٩ بانه اذا لم يكن هناك رضا فلا زواج .

وورد في مجموعة الاقباط الارثوذكس من المادة ٣٦ (١٩٥٥) ان يكون رضا الزوجين بالزواج صادرا عن حرية واختيار والاجاز لمن لم يكن حرا في رضائه ان يطعن في هذا الزواج على أن يقدم طلبا بذلك في ظرف شهر من وقت تمتعه بكامل حريته والا يكون قد حصل اختلاط زوجي من ذلك الوقت والا فلا تقبل دعواه راجع المادة ٣٧ من مجموعة الاقباط الارثوذكس (١٩٥٥) .

ويمكنك من ضم المادتين تستظهر ان الاكراه يوجب عيبا في الرضا .

الاكراه في نظر الاسلام

جاء النص القانوني من جانب السنة النبوية على عدم الاكراه بما ورد عن حريز عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) رفع عن امتي تسعة :

١ ـ الخطأ .

٢ ـ النسيان .

٣ ـ ما اكرهوا عليه .

٤ ـ ما لا يطيقون .

٥ ـ ما لا يعلمون .

٦ ـ ما اضطروا اليه .

(١) انعقاد الزواج ركن التراضي ص ٥٩ ـ ٦٠ ـ بند ١٧٠ .

٧ - الحسد .

٨ - الطيرة .

٩ - التفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق بشفة .

هذا هو حديث الرفع الذي يستدل به على البراءة الشرعية ولكن حيث له جانب من موضوعنا وهو الفقرة الثالثة وهو كلمة وما اكرهوا عليه .

اما دلالة الحديث من حيث عنوان الرفع فيه فهل يراد به الدفع أو الرفع كلمة الدفع يقصد بها ابطال التأثير من جانب المقتضي في مقتضاه بان يأتي قبل تحقق الموضوع واما كلمة الرفع فهو رفع الموضوع بعد استقراره وتأثيره في الزمان السابق .

اما اذا كان الرفع بمعنى انه استعمل قبل تحقق الموضوع يكون من نوع المجاز وهذه الواح ثلاثة يمر عليها حديث الرفع

١ - بمعنى الدفع

٢ - بمعنى قبل وجود الموضوع .

٣ - أن يكون بعد وجود الموضوع .

وبهذا العرض يدون سؤال آخر هل اطلاق الرفع بلحاظ اثاره أو بلحاظ واقعيته وحقيقته .

اختار الشيخ الانصاري في رسائله[1] ان الرفع بمعناه الحقيقي وليس بلحاظ الآثار وبهذا ان مثل المؤاخذة التي هي من آثار الرفع تحتاج إلى تقدير وعناية زائدة .

وقال سماحة والدنا فمن رفع نظرية الشيخ ان التقدير أيضاً في الاثار وكونها اثاراً شرعية أيضاً كلها محتاجة إلى التقدير أيضاً[2] (فهو خارج عن

(١) الرسائل للشيخ الانصاري .

(٢) الطلاق تقريرات سماحة الوالد المؤلف حجة الاسلام محمود محسني ص ٩٤

مصب الحديث) لانه في صدد المنة والتفضل على امته فاذا استلزم من وجود الحديث تضيقا كان خلاف المنة .

الا ان الكلام في الحديث هل هو موضوع لمطلق المنة أم لا .

اما من يذهب إلى مطلق المنة بمعنى انه وان لم يكن ضيقا بالفعل فهو مرفوع عنه كما سار بهذا الركب الوالد فيكون المصحح للرفع هو انه بوجود الملاك يقتضي جعل التكليف والباعثية على المكلف فهذا الاقتضاء يكون محققا وبهذه العناية قد رفع اثر الملاك وان الاقتضاء اذا كان بهذه الكيفية فانه بنظر العرف يعد ضيقا على المكلف ومن تمام المنة عليه رفعه في هذه المرحلة ولو كان حكما استحبابياً أو كراهة[1] .

والذي يختار عدم شمول الحديث لمطلق المنة حيث يرى انه يستلزم جعل الحكم ضيقا على المكلفين ومجرد المنة والتفضل من غير ان تكون منة على المكلفين من ناحية التكليف الفعلي والضيق من التكليف لا يشمله الحديث .

والذي نلمسه من مجموع الاراء ان الرفع كان بلحاظ الاثار الشرعية دون العقلية وأما بالنظر إلى حقائق الاشياء فغير قابلة للرفع وان كان الحديث يختلف بلحاظ فقراته .

اما بالنظر إلى موضوع مطلق المنة وعدمه فالظاهر من الحديث ان الرفع يقع من طرف ما لو لم يكن فيه ضيق ومطلق المنة غير مرعي .

واما بالنظر إلى ما لا يطيقون وما اضطروا إليه وما اكرهوا عليه فكانت موضوعا للرفع والموضوع في هذه الانحاء الثلاث انها شرعت في مورد الاضطرار والاكراه فلا يرتفع في الحديث لان الحكم شرع مقيدا

---

(١) الطلاق تقريرات سماحة الوالد المؤلف حجة الاسلام محمود محسني ص ٩٥

بالاضطرار والاكراه كما في الجهاد وكما كان الحكم قد شرع مقيدا في مورد الضرر والاكراه لا يكون صالحا للارتفاع .

واما بالنسبة إلى الخطأ والنسيان فقد تمسك جماعة تعلق الرفع بلحاظ اثارهما واختارت فرقة أخرى ليس المرفوع باعتبار الاثار وانما يراد بها نفس العمل فيكون المعنى ان المرتفع هو المنسي والشيء الذي اخطأ به .

وهناك نظرية ثالثة ان الرفع انما يقع بلحاظ الاحكام في جميع الفقرات لان الرفع لسانه التشريع فلا بد ان يكون انطباقه على موارده وهي الاحكام فالاراء في الرفع على اتجاهات ثلاثة .

١ ـ الرفع بلحاظ الاثار الشرعية وهي على نوعين :

أ ـ جميع الاثار الشرعية .

ب ـ بعض الاثار الشرعية .

٢ ـ الرفع بلحاظ الحقيقة .

٣ ـ الرفع بلحاظ الاحكام .

ونصل إلى موضوع البحث في الاكراه حيث ان القصد في العقد لابد من تحققه لانه ركيزة من ركائزه الاساسية فاذا ارتفع منه القصد أصبح ملغياً لانه يصور معنى الشكلية المجردة .

اما بالنسبة إلى المكره فالقصد غير مرتفع منه وانما المرتفع لديه طيب النفس والرضاء وعدم تمامية النكاح لعدم شرطية الرضاء .

فلو تمسكنا بمفهوم الطيب العام المعتور للطيب الطبعي والعقلي لكان في مورد العقد قد نقول فيه وجود الطيب الطبعي بينما الذي يحقق بطلان العقد اذا لم يتواجد فيه الطيب الطبعي والعقلي ولذا يكون محلهما الاكراه دون الكره مجردا .

واما جهة القصد إلى ايقاع العقد فلا يتخلى الفعل من وجود القصد الا ان له اتجاهات :

١ ـ وجود فائدة مترتبة على الفعل .
٢ ـ قد يقدم لاجل فكاك ضرر .
٣ ـ يقدم على العقد لدفع ضرر الظلم .والاكراه يتحقق موضوعيته في الاتجاه الثالث .

الاكراه والاضطرار

ذهب الفقيه اليزدى في حاشيته على المكاسب بان الاكراه من مصاديق الاضطرار أو ان الاضطرار ذو مرتبتين المرتبة الأولى اكراه وفي المرتبة الاخيرة اضطرار .

ووقعت نظرية معارضة وهي كون الاكراه مفهوماً غير مفهوم الاضطرار بحسب العرف ولذا يصح فيما لو باع داره مضطرا لقوته أو لمرضه ولكن لا يصح بيع داره اذا كان مكرها لعدم طيب النفس الذي هو من الشروط والذي يظهر في هذا الميدان الوجه الأخير للتفكيك بينهما بحسب العرف .

وقد توجه النسبة بين الاكراه والاضطرار العموم من وجه كما انه قد يخرج الامر عن دائرة الاكراه اذا كان الاكراه عن حق كالزام الحاكم الشرعي بطلاق زوجة أو بيع دار فانه بوجود المصلحة العامة التي تقررت لدى الحاكم الشرعي وان صدق عليه الاكراه بالحمل الشائع الصناعي ولكن جعله ملغياً في نظره امام المصلحة النوعية .

وجوه الاكراه

يتصور الاكراه على وجوه :

١ ـ توجه الاكراه على نحو الامر الكلي من غير نظر لخصوصية الافراد سواء كانت متاصلة ام متاصلة بالقياس لعنوان الكلي .

٢ ـ توجه الاكراه إلى الفرد المردد بحسب المصداق والمفهوم .
٣ ـ توجه الاكراه إلى الأفراد بخصوصياتها .
٤ ـ توجه الاكراه إلى الفرد على نحو البدلية دون التعيين .
٥ ـ توجه الاكراه على الكلي المعين .
٦ ـ توجه الاكراه إلى الشيء المشكك المختلف بحسب المراتب الضعيفة والقوية .

فانطباق الاكراه على موضوع الزواج ليس من نوع الفرد على البدل أو الفرد المردد بحسب المصداق والمفهوم وانما على الفرد الذي ورد بخصوصه وهكذا بالنظر إلى الكلي المعين فان الاكراه على عنوان الزوجية لا ينطبق موضوع الاكراه في هذا المجال .

الاكراه والتورية

لو كان في استطاعة الشخص التخلص عن موضوعية الاكراه بالتورية فيأتي بلفظ يحتمل الطرف المقابل وجود الرضاء منه فاذا أمكنه من غير ذعر ولا خوف خرج عن دائرة الاكراه .

وان ذهب جماعة إلى دخول التورية في دائرة الكذب لانه اغراء بالجهل ولكن يدفع هذا التوهم لان الاغراء وقع في ناحية المخاطب وعدم تشخيصه لما قصده المتكلم كما جاء في قضية عمار بن ياسر حيث ورى وان كان قلبه مطمئناً بالايمان كما في قوله تعالى ﴿من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان﴾ (النمل ١٠٦) .

ولايـة الآبـاء:

- في الديانة اليهودية.
- زواج الصغيرة.
- في الديانة المسيحية.
- الأولياء عند المذاهب الأربعة.
- ولاية الأب في القانون الروماني.
- في الاسلام عند الامامية.
- ولاية الآباء على البكر الرشيدة.
- ولاية الأب في الزواج المنقطع.
- رعاية المصلحة وعدم المفسدة.
- تزويج الولي بزيادة المهر أو نقصانه.
- تزويج الولي بمن عيب شرعي أو عرفي.
- لا ولاية للأب والجد في جنون الصغيرين.
- سقوط ولاية الأب الكافر على الولد المسلم.
- سكوت الباكر رضاها.

ولاية الحاكم على الصغير في التزويج.

- ولاية الفقيه.
- تزويج الوصي للصغير والمجنون.

ولاية الآباء في الديانة اليهودية

جاء في التوراة سفر الخروج اصحاح ٢١ آية ٧ ، سفر التكوين اصحاح ٢٩ آية ٢٣ واصحاح ٢٤ آية ٣٤ وما بعد وسفر التثنية ، اصحاح ٢٢ آية ١٦ .

في تقديم رضاية الاب وان له السلطة المطلقة في تزويج ابنائه وبناته بما يراه دون ملاحظة موافقة ارائهم أو حتى استشارتهم فان ارادة الاب مقدمة على الجميع وكذا بالنظر إلى التلمود حتى انه جاء عن مجموعة ابن شمعون مما يدل على ذلك وسماه بولاية الاجبار في الزواج .

زواج الصغيرة

اما بالنظر إلى ولاية الاب في تزويج البنت اذا لم تكن قد بلغت سن الزواج كان للأب ولاية اجبار في تزويجها دون حاجة إلى رضاها أو بالرغم منه راجع ما جاء في المادة ٢٤٥ من مجموعة ابن شمعون ويقع زواجا صحيحا ولا ينقض الا بالطلاق ولو ادعت ان زواجها بغير قبولها كما تشاهد ذلك في المادة ٢٥ من مجموعة ابن شمعون .

اما اذا كانت القاصرة يتيمة فان لامها أو أحد اخوتها ان يزوجها في شريعة الربانيين لكن بشرط موافقتها هي على هذا الزواج كما في المادة ٢٤ لابن شمعون .

اما شريعة القرائين فليس لغير الاب ولاية تزويج الصغيرة

واما بالنظر إلى ولاية الاب الاجبارية لا تتحقق ولايته الا مرة واحدة فاذا طلقت الصغيرة أو توفى زوجها استردت حريتها في تزويج نفسها ولو كانت لا تزال دون سن الزواج راجع المادة ٢٦ لابن شمعون كما ان للصغيرة اليتيمة التي زوجتها أمها أو أحد أخوتها برضاها أن تفسخ العقد في شريعة الربانيين راجع المادة ٢٧ لابن شمعون صراحة كان الفسخ أو ضمناً كان تزوج نفسها من آخر المادة ٢٨ غير أنه اذا كان يصح الفسخ بلا اشهادٍ من اليتيمة اذا وقع زواجها قبل بلوغها بست سنين المادة ٢٩ الا أن لحق الفسخ حد هو الحمل أو تجاوز الاثنتي عشرة سنة ولو بيوم المادة ٣٠ وهكذا فاذا زوجت يتيمة في السابعة من عمرها بولاية امها وما يقال له رضاها ثم حملت مثلا في التاسعة ارتبطت نهائياً بهذا الزواج الذي سيقت اليه مغمضة العينين[١] .

ويرى القراؤون ان ولاية الاب مستمرة حتى ولو طلقت أو توفي زوجها فيلزم رضاء والدها إلى جانب رضاها اذا أرادت معاودة الزواج وإلا وقع باطلاً[٢] .

واما بالنسبة إلى الولد فعند شريعة القرائين لا ولاية اجبار عليه سواء كان بالغاً أم صغيراً .

اما في شريعة الربانيين فلا ولاية في الزواج على الابن الذي بلغ السن المحددة له ، أما بالنسبة للقاصر فانه لا يطلق بل يفسخ وانما هو يطلق اذا رشد واختلى بزوجته راجع المادة ٣٣ لابن شمعون .

---

(١) نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين ج ١ الشريعة المسيحية للدكتور ثروت انيس السيوطي ص ٢٠٨ .

(٢) راجع شعار الخضر ص ٧١ - ٧٢ .

ولاية الاباء في الشريعة المسيحية

واما عند ملاحظتنا في الشريعة المسيحية قاطبة فلا تجعل الولاية للاب على الابناء ولو كان الولد صغيراً وبهذا قضى مجمع ترنت باللعنة على من يقول ببطلان مثل هذا الزواج[1] ولا تعترف بولاية الاجبار للاباء .

ولكن في الشريعة الارثوذكسية قالت اذا لم يبلغ سن الرشد (٢١ سنة) فان رضاء ولى النفس على زواجه يظل امراً ضروريا لصحة هذا الاخير راجع المادة ١٩ من مجموعة ١٩٥٥ ، أما بعد بلوغ هذا السن فانه يستطيع ان يستقل بتزويج نفسه وان لزم اخذ رأي وليه تادبا وجاء بموجب المادة / ١٥٥ من مجموعة ١٩٥٥ للاب ثم لمن يوليه الاب بنفسه قبل موته فإذا لم يول الاب احدا فالولاية بعده للجد الصحيح ثم للام ما دامت لم تتزوج ثم للجد ثم للارشد من الاخوة الاشقاء ثم من الاخوة لاب ثم من الاخوة لام ثم من الاعمام ثم من الاخوال ثم من ابناء الاعمام ثم من ابناء الاخوال ثم من ابناء العمات من ابناء الخالات فاذا لم يوجد ولى من الاشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس وليا من باقي الاقارب وغيرهم .

وجاء في المادة ١٩ من مجموعة ١٩٥٥ ، فاذا امتنع ولي القاصر عن تزويجه فيرفع طالب الزواج الامر إلى المجلس الملي للفصل فيه .

أما شريعة الانجيليين البروتستانت يظل الشخص تحت ولاية ابيه إلى أن يبلغ سن التكليف وهي ١٨ سنة للذكر والانثى على السواء راجع المادة ٣١ ولكن ورد في المادة ١٠ / تحديد السن في ١٨ سنة للرجل و١٦ سنة للمرأة ويكون النظر إلى اختلاف المادتين جواز الزواج من البنت ولو لم تصل إلى مرحلة التكليف لان التكليف في الرجل والمرأة على حد سواء في سن ١٨ سنة .

---

(١) الوجيز أحمد سلامة ص ٢٥٠ .

وأما البروتستانت الغرب فيرون موافقه الولي امرا ضرورياً ما دام الشخص خاضعاً للولاية ولو كان قد بلغ سن الزواج[1] .

أما بالنسبة إلى شريعة الكاثوليك فيرون انه متى بلغ الزوجان سن الزواج امكنهما ان يستقلا بابرامه دون ولاية عليهما لاحد وان اوجبت الارادة الرسولية مع ذلك على الكاهن ان يحرص على نصح الاولاد القصر بعدم عقد الزواج دون علم والديهم أو بالرغم عنهم اذا كان رفضهم له عن صواب والا فاذا لم يذعن الاولاد كان على رجل الدين أن يمتنع عن حضور زواجهم قبل ان يستشير الرايس الكنسي المحلي المادة ٢٤ .

وجاء في القانون الكنسي الغربي من المادة ١٠٣٤ ما يدل على ذلك[2] وأما في القانون الفرنسي في المرحلة فقد سار على الالتزام بموافقة الشخص للاسرة الا انه في عام ١٥٥٦ أصبح موافقة الاسرة ليس ضرورياً وجاء في سنة ١٩٠٧ فكان شرط رضايه الاسرة وسيلة لحماية القصر وكان سن الزواج إلى ٢١ سنة فاذا ابرم الزواج دون هذه الموافقه ولو كان طرفاه قد بلغا السن المحددة لهذا الزواج ١٨ سنة للولد ١٥ للبنت كان هذا الاخير قابلاً للابطال .

ولكن في سنة ١٩٧٤ قد خفض القانون الفرنسي من الزواج إلى ١٨ سنة راجع المادة ١٤٤ .

ويرى القانون الفرنسي ان الام والاب مشتركان في الرضايه فانه يلزم رضاؤهما معا فان اختلفا كانت العبرة برضاية الاب كما جاء إلى سنة ١٩٢٧ .

اما منذ ١٧ يوليه سنة ١٩٢٧ فقد اعتبر اختلافهما موافقة على الزواج راجع المادة ١٤٨ .

---

(١) راجع بونيفاس ص ٣٠ .
(٢) راجع مارتي رينو ص ١٠٢ .

الأولياء عند المذاهب الأربعة

ذهب المالكية إلى تقديم أولياء الاقرب على الا بعد فاذا وجد أخ مع عم وباشر العم العقد صح في جانبه وكذا اذا وجد اب مع ابن وباشر الاب العقد فانه يصح واذا فقد الاب ووصيه انتقلت الولاية للحاكم وذهب الشافعية إلى الترتيب في الاولياء وانه شرط لابد منه ولا تنتقل الولاية من الولي الاقرب للابعد الا في احوال منها الولي القريب له حق مباشرة العقد صغيراً أو كونه مجنوناً أو فاسقاً أو محجوراً عليه أو عاجزاً أو دينه مخالف لدين المرأة واصطلح المالكية والشافعية على عدّ الولي ركنا من اركان النكاح وعند الحنابلة والحنفية بنحو الشرط والركنية في خصوص الايجاب والقبول واشترط الحنفية الولاية في خصوص الصغيرة والمجنونة الكبيرة وذهبت الحنابلة إلى الترتيب في الاولياء وانه لازم لابد منه ولكن يسقط حقه في أمور منها ان يمنع من له حق عليها الولاية من الزوج الذي رضيت به وبما قدره لها من مهر يصلح للامهار إذا بلغت تسع سنين فاكثر اما من دون فلا عضل لها وينتقل الحق من العاضل للحاكم فهو الذي يباشر زواج التي منعها الولي من الزواج سواء كان مجبراً أو غيره ومنها أن يغيب مسافة فوق مسافة القصر أو يغيب مسافة مجهولة أو لا يعرف له مكان اصلا أو كان قريباً ومنها أن يكون الولي غير أهل للولاية بان كان طفلا أو كافراً أو عبداً[1] .

واستدل الجمهور باحاديث وبآيات قرآنية فاما الاحاديث منها ما رواه الزهري عن عائشة وهو أن النبي (ص) قال ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل .

ومنها ما رواه ابن ماجة والدار قطني عن أبي هريرة ان النبي (ص) قال لا تزوج المرأة للمرأة ولا تزوج المرأة نفسها وقد اجاب الحنفية عن الحديث الاول بانه مطعون فيه وذلك لان الزهري نفسه قد سئل عنه فلم يعرفه .

(١) راجع الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٣٧ ـ ٤١ ط ٥ .

واما الآية فقوله تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن اذا تراضوا بينهم بالمعروف وقد تمسك بها الشافعية وقالوا انها اصرح دلالة على ضرورة الولي الا أن الحنفية قالوا بمنع كون الآية خطابا للاولياء بل هي تحتمل أن تكون خطابا للازواج الذين يطلقون ازواجهم وتحتمل ان تكون خطابا للمؤمنين عامة[1] .

وعن أبي هريرة ان النبي (ص) قال لا تنكح الأيّم حتى تستامر ولا البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال أن تسكت وعن عائشة قالت ان البكر تستحي قال (ص) رضاها صمتها[2] .

ولاية الاب في القانون الروماني

تعرض جوستينا في كتابه مدونة چوستينان في الفقه الروماني تعريب عبد العزيز فهمي في الباب التاسع الكتاب الاول ص ٢٠ عالم الكتب بيروت عام ١٩٤٦ .

قال فاتحة اولادنا المرزوقين لنا من نكاح صحيح يكونون تحت ولايتنا

١ ـ الاعراس أو النكاح هو اتصال الرجل والمرأة اتصالاً لا تلزم عنه وحدة حالهما .

٢ ـ حق الولاية على الاولاد خاص بالوطنيين الرومانيين وحدهم فليس للاشخاص الآخرين على اولادهم ولاية مثل ولايتنا نحن الرومانيين على اولادنا .

٣ ـ من تلده زوجتك أو حفيدتك يكون أيضاً في ولايتك وهلم جرا في الاحفاد على الوجه المذكور وان نزلوا مع مراعاة ان ابن ابنتك لا يكون في ولايتك انت بل في طاعة الله هو .

---

(١) راجع الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٣٦ ـ ١٧ ط ٥ .
(٢) صحيح البخاري ج ٦ ص ٤١ .

ولاية الآباء في الشريعة الاسلامية
عند الامامية

أصل ثبوت الولاية للاب والجد مما ادعى الاجماع عليها مع كثرة الاخبار في ذلك كما جاء عن ابن بزيع والرواية صحيحة .

قال سالت أبا الحسن (ع) عن الصبية يزوجها ابوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الامر اليها قال (ع) يجوز عليها تزويج إبيها[1] .

وصحيح عبد الله بن الصلت قال سالت أبا عبد الله (ع) عن الجارية الصغيرة يزوجها أبوها لها أمر اذا بلغت قال (ع) لا ليس لها مع ابيها أمر قال وسالته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء لها مع أبيها أمر قال (ع) ليس لها مع أبيها أمر ما لم تكبر[2] .

وصحيح الفضل بن عبد الملك قال سالت أبا عبد الله (ع) عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير قال (ع) لاباس قلت يجوز طلاق الاب قال (ع) لا[3] .

وصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه[4] وصحيح هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله (ع) قال اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد اولى[5] .

---

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح حديث ٣ .
(٣) الوسائل باب ٢٨ من أبواب المهور حديث ٢ .
(٤) الوسائل باب ١١ من أبواب عقد النكاح حديث ١ .
(٥) الوسائل باب ١١ من أبواب عقد النكاح حديث ٢ .

وظاهر هذه الروايات هو ولاية الاب والجد على الصغيرة كما يبدو من ابن بزيع وابن الصلت .

اما بالقياس إلى الولد فيبدو من تعبير الامام (ع) لاباس ويستشعر منه الجواز واما ولاية الجد كما جاء في صحيح محمد بن مسلم وصحيح هشام .

الا ان البحث يقع في اولوية تقديم الولاية هل الجد أم الاب ولكن ظاهر الصحيحين تقديم ولاية الجد اذا سبق في العقد إلا أن بينهما تقدماً رتبياً من ناحية الزمان وانما ولايتهما في عرض واحد الا أن من سبق منهما يكون العقد جائزاً على الطرف الآخر .

وبهذا يكون كل منهما مستقلا في الولاية ولا يلزم اشتراكهما في اثبات الولاية كما لا استئذان من أحدهما للاخر كما هو مقتضى صحيح هشام اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد اولى .

وجاء بموثق عبيد بن زرارة قلت لابي عبد الله (ع) الجارية يريد أبوها ان يزوجها من رجل ويريد جدها أن يزوجها من رجل آخر فقال الجد اولى بذلك ما لم يكن مضارا ان لم يكن الاب زوجها قبله ويجوز عليها تزويج الاب والجد[١] .

وعلى هذا يكون في طرف التقارن يقدم عقد الجد على الاب اذا علم التقارن منهما اما في صورة جهالة التاريخ وحيث ان لهما الاستقلالية في أجراء العقد فجريان الاصل في كل منهما يعارض الآخر .

فذهب السيد الحكيم بعد تساقط الاصلين إلى القرعة[٢] .

---

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب عقد النكاح حديث ٢ .

(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٤٦٢ .

الا أن الذي نلاحظه هو تقديم عقد الجد حيث ان الشرط في نفوذ عقده ما لم يسبق بعقد الاب بينما المورد هنا مجهول فيقدم عقد الجد على عقد الاب .

هذا مع ان ظاهر صحيح محمد بن مسلم بما في ذيلها بقوله فان هوى ابوها رجلا وجدها رجلا فقال (ع) الجد اولى بنكاحها يقتضي العموم سواء كان في حال العلم ام في حال جهل التاريخ كما يستفاد إيضاً من رواية عبيد وانه مشروط بعد سبق عقد الاب كما في قوله (ع) ان لم يكن الاب زوجها قبله .

ويبدو أن الامام (ع) جعل الولاية لكل منهما في عرض واحد الا ان المفاضلة محققة في جانب الجد على الاب وبهذا يكون خارجاً عن دور معارضة الاصل وانما يتمسك عن طريق الظهور في الرواية والظهور مقدم وحاكم على الاصل كما هو المقرر في الموازين الاصولية من حكومة الامارات على الأصول .

وعلى الجملة ان الحكم الاسلامي لم يرفع عنوان الولاية الاستقلالية للاب وانما جعله في عرض الجد الا انه قد جعل الترجيح عند المقارنة سواء كان في مجهول التاريخ أم في معلومه كما نلحظه في صحيح هشام قال (ع) اذا زوج الاب والجد كان التزويج للاول وهذا بالنظر إلى جهة الاستقلالية لكل منهما ثم نظر الامام الصادق (ع) إلى جهة الترجيح والمفاضلة عند المقارنة قال فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى .

ولذا عند تشاح الاب والجد أو سرعة عقد الاب على عقد الجد مع التشاح قال في الجواهر قد يقال ببطلان عقده حينئذ[1] .

---

(١) الجواهر . ج ٢٩ ص ٢٠٩ .

ولاية الآباء على البكر الرشيدة

أما بالنظر إلى الولد البالغ الرشيد فلا ولاية عليه كما جاء في كشف اللثام اجماعا منا ومن العامة[1] ووردت نصوص في تزويج الابن مع حضور الاب[2] .

واما بالقياس إلى البنت الثيب ففي جامع المقاصد اثبت استقلالها وقال اتفاق علماؤنا عليه[3] وفي المسالك انه لاخلاف بين أصحابنا في سقوط الولاية عنها[4] .

هذا من حيث نظرة الفقهاء الامامية على استقلالية ارادة البنت الثيب بعد البلوغ والرشد واليك بعض النصوص :

١ ـ صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) انه قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها قال هي املك بنفسها تولي امرها من شاءت اذا كان كفوا بعد أن كانت قد نكحت رجلا قبله[5] .

٢ ـ وجاء في صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله (ع) بنفس تلك الرواية[6].

٣ ـ ونحوه خبر الحسن بن زياد

٤ ـ وكذلك فيه أيضاً خبر عبد الخالق .

وأما الحديث عن البكر البالغة الرشيدة فالاراء بين فرقتين

---

(١) كشف اللثام ص ٤ .

(٢) الوسائل باب ٦ حديث ٤ ـ ٩ وباب ١٣ من أبواب النكاح .

(٣) جامع المقاصد .

(٤) المسالك .

(٥) راجع الوسائل باب ٣ ـ من أبواب عقد النكاح حديث ٤ .

(٦) راجع الوسائل باب ٣ من أبواب عقد النكاح حديث ٢ .

١ ـ ولاية الآباء على البكر

وذهبت جماعة تساند هذا الرأي كما جاء عن الشيخ الطوسي في أكثر كتبه والصدوق وابن عقيل والكاشاني وكشف اللثام والحدائق .

دليل هؤلاء بما ورد في صحيح عبد الله بن الصلت وقد اشرنا اليه .

وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال سالته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء الها مع أبيها أمر فقال (ع) ليس لها مع ابيها امر ما لم تثيب[1] .

وصحيح محمد بن مسلم عن احدهما (ع) لا تستامر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب أمر وقال (ع) يستامرها كل أحد ما عدا الاب[2] .

وخبر علي بن جعفر (ع) قال سألته عن الرجل هل يصلح له ان يزوج ابنته بغير اذنها قال (ع) نعم ليس للولد مع الوالد امر الا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها الا أن تستامر[3] .

٢ ـ عدم الولاية للآباء

وقد ساند هذا المذهب المرتضى في الناصريات وقال الاجماع عليه مستدلا بعموم السلطنة على النفس الذي يجب الخروج عنه بما سبق .

المنسوب إلى المشهور وعاضد هذا الرأي أيضاً صاحب الشرائع والقواعد وجاء في الروايات ما اليك نصها :

١ ـ عن بريد بن معاوية عن أبي جعفر (ع) قال المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغير ولي جائز[4] .

---

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب عقد النكاح حديث ١١ .

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب عقد النكاح حديث ٣ .

(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد النكاح حديث ٨ .

(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب عقد النكاح حديث ١ .

٢ ـ وصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال (ع) تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بامرها[١] .

٣ ـ وعن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فان أمرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بأمر وليها[٢] .

الا انه وردت بعض الروايات عدم الصراحة كما جاء عن خبر سعدان بن مسلم قال ابو عبد الله (ع) لأباس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن وليها[٣] .

وجاء في خبر أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) قال الجارية البكر التي لها اب لا تتزوج الا باذن أبيها وقال اذا كانت مالكة لامرها تزوجت متى شاءت[٤] .

والذي يبدو لدينا من مجموع هذا العرض الروائي أن الثيب تملك نفسها ولا ولاية عليها الا ما ورد عن ابن عقيل بوجود الولاية ولو كانت بعد الزواج الاخر الا أنه على خلاف علماء الامامية في هذا الميدان .

ولذا قال الشيخ الانصاري في رسالته بالنسبة لمن تزوجت أولا لا ولاية عليها بعد أن قال دعوى اتفاق النص والفتوى كما رأيت في عرض بعض الروايات على ذلك .

وكذا الحكم بالنظر إلى الولد البالغ عليه الاجماع من جانب العامة

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب عقد النكاح حديث ١٠ .
(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد النكاح حديث ٦ .
(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد النكاح حديث ٤ .
(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب عقد النكاح حديث ٧ .

والخاصة على عدم الولاية وليس لاحد التسلط على مقدراته بعد البلوغ والرشد واما الحديث حول البكر اذا كانت بالغة ورشيدة فادعاء الاجماع كما ذكره المرتضى في الانتصار والناصريات على عدم الولاية مع وجود الاختلاف كما ذهب اليه الصدوق والشيخ وابن عقيل على ولاية الاباء ولو كانت البنت الباكر بالغة رشيدة لا يعتمد على مثل هذا الاجماع لوجود الخلاف لمثل هؤلاء الاقطاب .

فيبقى نحن والعرض الروائي والاستفادة منها فذهب الشيخ في رسالته إلى الحمل على الاستحباب جمعا بين الروايات .

ولكن ينبغي لنا أن نتصفح الروايات ونحاول الاستفادة منها ان الذي نلاحظه ان الكلام يقع على دائرتين .

١ ـ كون النظر إلى الروايات ان البنت قد لوحظ في جانبها الكمال العقلي وان التعبير بانها تملك امرها يستشم منه الكمال العقلي في حسن التصرف فتكون الولاية قاصرة عن شمول الكمال العقلي وان كانت باكرة .

٢ ـ ان يكون الملحوظ في الروايات عنوان البكر فالولاية منوطة بعنوان الباكرة فاذا ارتفع منها ذلك العنوان سقطت الولاية لعدم موضوعيتها ورواية الحلبي كان النظر فيها إلى جهة عنوان البكر .

واما رواية محمد بن مسلم لم تكن ناظرة إلى جهة البكر أو الكمال وخبر علي بن جعفر (ع) يدل على جهة البكر بالقياس إلى أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك .

واما رواية بريد بن معاوية النظر فيها إلى جهة حسن التصرف العقلائي والبكر مما يكون خاضعاً لعنوان جهة التمليك والتصرف لانه شيء تمتلكه وتحسن التصرف فيه كما يدل على ذلك ما ورد في خبر زراره عن أبي جعفر (ع) قال اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد

وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج ان شاءت بغير اذن وليها وان لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بأمر وليها[1] .

ويكون المحصل من ذلك انه مع عدم النضوج العقلي وعدم حسن التصرف ولو كانت باكرة بالغة لا بد من الولاية وأخذ الرضا من جانب الولي وأن احسنت التصرف وكانت بالغة رشيدة فلا ولاية من جانب الولي عليها .

وعلى هذا فلا مورد للمعارضة والحمل على الاستحباب أو حمل المطلق على المقيد وان كانت الروايات قد تتردد بين احتمالات أيضاً كما اشار اليها في المستمسك .

١ ـ ما دلت على استقلال الولي ـ كصحيح محمد بن مسلم والحلبي وابن الصلت وعلي بن جعفر .

٢ ـ ما دلت على اذن الولي ورضاه كصحاح زراره ومحمد بن مسلم والعلاء وابن أبي يعفور .

٣ ـ ما دل على استقلال البكر كمصحح الفضلاء ورواية زرارة ورواية عبد الرحمن ورواية أبي مريم ورواية سعدان .

٤ ـ ما دل على اعتبار اذن البكر ورضاها كصحيح منصور بن حازم وموثق صفوان والتنافي يقع في خصوص الاولى والثالثة والثانية والثالثة والاولى والرابعة قال السيد الحكيم والجمع بين الأولى والثالثة يمكن بدواً بالبناء على استقلال كل منهما في الولاية فاذا تصرف احدهما نفذ الا انه تاباه الطائفة الاولى جداً فان قوله (ع) ليس لها مع ابيها امر ظاهر جدا في انها لا استقلال لها ولا اشتراك وان كان لا تاباه الطائفة الثالثة ولاجل ذلك يتعين الجمع بما سبق من تخصيص الطائفة الثالثة بغير الاب لاختصاص الاولى

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد النكاح حديث ٦ .

بالاب وعموم الثالثة بغيره نعم مرسلة سعدان وخبر ابن عباس مختصان بالاب لكنهما ليسا بحجة وبهذا الوجه بعينه يكون الجمع بين الثانية والثالثة .

وإما وجه الجمع بين الاولى والرابعة فيمكن بحمل الرابعة على الاستحباب كما يظهر من استرضاء النبي (ص) فاطمة (ع) في تزويجها من علي (ع)[1] وقد جمع العاملي بالتشريك بين رضاء الاب من البنت فيكون كلا الرضائين بنحو جزء العلة المؤثرة هذا كله ما تحدث عنه في النظر إلى ناحية عنوان استقلال الولاية للاب أو البكر أما الذي ذكرناه في صفحة أخرى وهو كون البكر اخذ بنحو الطريقية للكمال العقلي أو ان البكر كاف في تقرير مصيرها والذي ذكرناه ان البكر أخذ بنحو الطريقية دون الموضوعية ولو قدر عدم الطريقيه فقد ورد في رواية سعدان على ما روى في التهذيب لاباس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابيها[2] فتكون ارادتها في عرض ارادة الاب وليست بنحو التبعية وانما هي بنحو العلة التامة في التأثير وليس ارادتها مع ارادة الاب بنحو جزء العلة كما جمع الحر العاملي الاخبار القائلة بولاية الاب وولايتها لان الذي نلاحظه ان عنوان البكر وقع طريقا للكمال العقلي لا بنحو الموضوعية في التأثير ثم يأتي الكلام في مرحلة ولاية الام والاخ .

اما ولاية الام فربما يستدل عليها بموثق ابراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله (ع) قال (ع) اذا كانت الجارية بين ابويها فليس مع ابويها امر واذا كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضاء منها[3] .

فان التمسك بظاهر هذه الرواية التعبير من الامام (ع) بين أبويها الشامل للاب والام الا أن هذه الرواية لا يعمل بها مع مخالفتها للاجماع على عدم الولاية للام واما بالنظر إلى ولاية الاخ فقد استدل بصحيح أبي بصير عن

---

(١) المستمك ج ١٤ ص ٤٤٦ .

(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد النكاح حديث ٣ .

(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب عقد النكاح حديث ٣ .

أبي عبد الله (ع) قال سالته عن الذي بيده عقدة النكاح قال هو الاب والاخ والرجل يوصي اليه[1] .

وكذلك فان هذه الرواية لا يعتمد عليها لمخالفتها لقاطبة العلماء على عدم الولاية للاخ وكذا لا ولاية لاب الام لمخالفتها للاجماع وما استدل بان رسول الله (ص) امر نعيم بن النحام ان يستأمر ام ابنته في امرها وقال وأتمروهن في بناتهن[2] ظاهر في الولاية للأم لا لأب الأم كما يبدو من تمسك ابن الجنيد .

واما بالنسبة للعم والخال وأولادهم فايضاً لا ولاية لهم عليها كما جاء عن محمد بن الحسن الاشعري .

قال كتب بعض بني عمي إلى أبي جعفر الثاني (ع) ما تقول في صبية زوجها عمها فلما كبرت ابت التزويج قال فكتب (ع) إلي لا تكره على ذلك والامر امرها[3] .

اما لو كانت البنت أو الولد فاقدين للعقل أما الجنون المطبق فلا كلام بان الولاية للاب والجد .

واما لو كان الجنون في مراحل وفي اختلاف زمني فجاء في التذكرة والتحرير عود ولاية الاب والجد عليهما لان ولايتهما ذاتية منوطة باشفاقهما وتضررهما بما يتضرر به الولد .

وذكر في الجواهر من أن المتجه على تقدير التفصيل أنه لو كان الجنون ادواريا فاتفق دوره متصلا بالبلوغ كانت الولاية لهما وبعد انتهائه ترتفع فاذا

---

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب عقد النكاح حديث ٤ .
(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ١١٦ .
(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب عقد النكاح حديث ٢ .

جاء الدور الثاني كانت الولاية للحاكم وهو كما ترى[1].

والذي نتقبله ان الولاية تخضع إلى جانب الاب ولا تكون في جانب الحاكم الشرعي والحاكم الشرعي اذا ثبت ولايته في قضايا خاصة كنوع الامور الحسبية التي فيها جهة المصلحة للقاصرين أو الفاقدين للكمال العقلي.

هذا مع انه عند الشك في ارتفاع ولايته بعد الفاصلة الاصل يقتضي استصحاب ولايته.

ولاية الاب في الزواج المنقطع

ان الزواج المنقطع قد وقع في عصر الاسلام في عهد رسول الله (ص) وفي عهد الخليفة الاول الا أنه لما جاء دور الخليفة الثاني منعه وقال بتحريمه.

واليك العرض التاريخي حول اساس الزواج المنقطع وما يتفرع عليه من وجود الولاية وعدمها.

ذكر ابن جرير الطبري في تفسيره (ج ٥ - ص ٩) عن آية المتعة عن عبد الرزاق وأبي داود في ناسخه وابن جرير عن الحكم قال سالته عن هذه الآية فما استمتعتم به منهن أمنسوخة هي قال لا قال الحكم قال علي (رض) لولا أن عمر (رض) نهى عن المتعة ما زنى إلا شقي.

ويقول ابن الاثير في نهايته في مادة شقى قال ابن عباس ما كانت المتعة الا رحمة رحم الله بها امة محمد (ص) لولا نهيه عنها يعني عمر (رض) ما احتاج إلى الزنى الاشقي أي قليل من الناس.

وجاء في تفسير الرازي (ج ٣ ص ٢٠٠) عن تفسير الطبري في تفسير

---

(١) الجواهر.

آية المتعة عن علي (ع) أنه قال لولا أن عمر (رض) نهى عن المتعة ما زنى إلا شقي .

وجاء في فخر الرازي أيضاً (ج ٣ ص ١٩٤) في تفسير أية المتعة قال عمر (رض) متعتان كانتا على عهد رسول الله (ص) حلالا أنا انهى عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج .

اما من حيث انطواء حقيقة الزواج على المنقطع فالادلة عند ملاحظتها ترجع الزواج المنقطع والدائم إلى حقيقة واحدة كما نشير اليه أيضاً في حقيقة العقد .

واما بالنظر إلى كون الولاية هل تشمل المنقطع أم لا فالظاهران قلنا بالولاية للدائم فتلتزم بالولاية للمنقطع لانهما من مقولة واحدة .

والذي تقرر منا ان الولاية ثابتة للبكر فتلزم في زواج المنقطع وان كانت عذراء وأما ما ورد عن صحيح البزنطي عن الامام الرضا (ع) قال البكر لا تتزوج متعة الا باذن ابيها[1] .

وما جاء عن صحيح أبي مريم عن أبي عبد الله (ع) قال العذراء التي لها اب لا تتزوج متعة الا باذن أبيها[2] فقد وردت اخبار معارضة يمكن الجمع بينهما على الاستحباب .

كما ورد في خبر الحلبي قال سالته عن التمتع من البكر اذا كانت بين أبويها بلا اذن أبويها قال (ع) لاباس[3] .

وهكذا بما جاء في خبر أبي سعيد قال سئل أبو عبد الله (ع) عن التمتع

---

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب المتعة حديث ٥ .
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب المتعة حديث ١٢ .
(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب المتعة حديث ٩ .

من الابكار اللواتي بين الأبوين فقال لاباس ولا أقول كما يقول هؤلاء الاقشاب .

ولا وجه لانصراف الولاية للدائم مع كون المنقطع من حقيقة واحدة وقلة الزمان وطوله لا يجعلهما دخيلين في ماهية الزواج لان الزمان ظرف لتحققهما .

ولو ذهبت البكارة بعارض كوثبة وقفزة ونحوها فالولاية بناءً على تقررها عامة للمورد وان كان راينا في الولاية مبنياً على عنوان الطريقية والموضوعية في جهة البكر والكمال .

واما لو ذهبت البكارة بالزنا فترجع إلى جهة الثيبوبة وليس المدار التقابل بين الثيبوبة والزواج وانما التقابل بين الثيبوبة والبكر ولا يستفاد من الادلة التزويج عن ثيبوبة أو التزويج عن بكر بنحو الجهة التقييدية في الموردين وانما النظر وقع إلى جهة التقابل بين الثيبوبة والبكر مجرد اخذ كلا منهما بنحو الحيثية التعليلية .

رعاية المصلحة وعدم المفسدة

عندما يقوم الاب والجد في العقد فضولياً على القصر هل يلحظان مجرد جانب المصلحة لهم أو يكفي عدم وجود المفسدة وقد فرق العلماء القدماءبين ولاية المال للاب وولاية النكاح له فاكتفوا في ولاية المال له وجود المصلحة ولكن في ولاية النكاح اكتفوا بمجرد عدم المفسدة الا أن المشهور من المتاخرين التزموا بوجود المصلحة المالية لولاية الاب هناك وقد اسرى جماعة الحكم من ذلك المورد إلى ولاية النكاح هنا .

والذي يأتي في الذهن هو كفاية عدم المفسدة والادلة في رعاية المصلحة مختصة في الجهات المالية الا أن يكون عنوان البضع له الاثر في ناحية الملكية

فتكون رعاية المصلحة لاجل جهة البضع الملحوظ فيها عنوان المالية والنكاح يكون بنحو المعاوضة وسوف نتعرض اليه في المهر .

تزويج الولي بزيادة المهر أو نقصانه

لو اقدم الولي على تزويج ابنته بزيادة المهر فقد لاحظ المصلحة .

اما لو اقدم على تزويجها باقل من مهر المثل قال صاحب الشرائع اذا زوجها الولي بدون مهر المثل هل لها ان تعترض فيه تردد والاظهر ان لها الاعتراض[1] .

مقتضى القاعدة لزوم العقد لان المهر ليس دخيلا في ماهية العقد وانما هو من نوع الشرط فاذا اجازت تم العقد وان لم تجز انحل العقد وقال الشهيد الثاني لو زوج بمن لا يقتضيه الاذن الشرعي لكن في الاول أي فيما زوج الولي بدون مهر المثل قال أن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحة تخيرت في المهر على اصح القولين وفي تخيرها في أصل العقد قولان احدهما التخيير لان العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى فمتى لم يكن ماضياً كان لها فسخه من أصله والثاني عدمه لعدم مدخلية المهر في صحة العقد وفساده .

واشار الشهيد إلى وجه ثالث بقوله وقيل ليس لها خيار مطلقاً لان ما دون مهر المثل أولى بالعفو وهو جايز الذي بيده عقدة النكاح[2] .

وان كان الذي يبدو لدينا هو الوجه الثاني لان الذي بيده عقدة النكاح اذا ثبت ادلة الولاية له بمثل هذا فالاطلاق قاصر عن الشمول فلا يمكن له العفو باقل عن مهر المثل مع كونه يلزمها الضرر لو قدر وجود الولاية له بالعفو عن الاقل من مهر المثل فتكون ادلة الضرر حاكمة على الولاية .

---

(١) الشرايع .

(٢) الروضة الدمشقية ج ٢ ص ٦٢ المتوفي ٩٦٦ هـ وهو ابن ٥٥ سنة .

تزويج الولي بمن به عيب شرعي أو عرفي

قال الفقية اليزدي في العروة لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا[1] .

وقال المحقق في الشرائع اذا زوجها الولي بالمجنون والخصي صح ولها الخيار وكذا لو زوج الطفل بمن بها احد العيوب الموجبة للفسخ[2] .

وجاء في المسالك بصحة العقد على العيوب المذكورة وانما لها الخيار في الفسخ وذكر مستدلا على مطلبه بالادلة الدالة على ثبوت الخيار ومؤيدا قوله بما سار عليه رأى الشيخ في الخلاف بالصحة ولكن لم يذكر الخيار .

وفرق أخر بين علم الولي بالعيب فقال بالبطلان وفي الجهل بالصحة والميزان في ذلك كله يقوم على طرفين .

١ ـ لزوم العقد ولها الخيار كما هو الظاهر في العيوب التي لها جهة الفسخ .

٢ ـ عدم وجود مفسدة .

فاذا تم الامران تحقق عنوان التزويج واما جهة المنقصة العرفية كنقصان أصبع أو اذن فانه غير مضر بتقرر العقد وأثباته .

لا ولاية للاب والجد في جنون الصغيرين

تعتبر الولاية مستقرة للاب والجد على الصغيرين في حال البلوغ والعقل والحرية والاسلام فاذا صار الصغيران فاقدين للعقل فالاجماع على عدم الولاية عند الجنون .

(١) العروة الوثقي .
(٢) المسالك .

اما بالنسبة إلى الاغماء فان كان من حقيقة النوم فالولاية ثابتة عليهما والا فلا .

سقوط ولاية الاب الكافر على الولد المسلم

انما تسقط ولاية الاب الكافر على الولد المسلم بما جاء في قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ـ النساء ١٤١ .

وقوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض ـ التوبة ٧١ وقوله (ص) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ـ صحيح البخاري ج ٢ مضافاً إلى ذلك ادعاء الاجماع على عدم ولاية الاب الكافر على المسلم .

واما لو كان الاب مسلما والولد كافراً فالولاية للاب لقوله (ص) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه وقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض الانفال ٧٣ ان الولاية للكافر اذا كان التطابق موجوداً وحيث ان الولد ليس له ولي كافر وانما الولي المسلم مع ضم قوله (ص) الاسلام يعلو ولا يعلى عليه تكون ولاية الولي المسلم مقدمة على الكافر .

سكوت الباكر رضاها

لو سكتت الباكر ولم تدل بكلمة نعم في الدلالة على القبول والرضا فهل يكفي القبول بمجرد سكوتها كما ورد عن رسول الله (ص) مع ابنته فاطمة (ع) كما جاء عن رواية الضحاك بن مزاحم قال سمعت علي بن أبي طالب (ع) يقول وذكر حديث تزويج فاطمة (ع) وانه طلبها من رسول الله (ص) إلى أن قال فقام يعني رسول الله (ص) وهو يقول الله أكبر سكوتها اقرارها[1] .

---

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب عقد النكاح حديث ٣ .

ذهب المشهور من علماء الامامية على التمسك بسكوت الباكر وان خالف في ذلك ابن ادريس واحتاط الشيخ في المبسوط باستنطاقها .

الا أن الذي نلحظه من مجموع الاراء هو كفاية السكوت اذا كان كاشفا عن الرضاء والا فلو كان الرضاء مجردا ولم يكن قرينة على الرضاء لا يمكننا الالتزام بمجرد السكوت لاحتمال السكوت كان عن عدم الرضاء أو للخوف .

ولاية الحاكم على الصغير في التزويج

ذهب المشهور من علماء الامامية إلى عدم ولاية الحاكم الشرعي في النكاح على الصغير . وقال الفقيه اليزدي له الولاية ان احتيج اليه اما الاستدلال بقوله (ص) السلطان ولي من لا ولي له(١) .

ان التعبير بالسلطان معتور للامام والفقية وولاية الفقيه تتضمن الولاية العامة والخاصة ويمكن ان نستعرض هذه الاقسام قبل الشروع في انطباق الولاية للحاكم على الصغير في التزويج .

١ ـ ولاية الرسول (ص) والائمة من أهل بيته (ع) اما بنحو الوساطة في التكوين . والمقصود بها أن يكون لهم الوساطة بنحو شرط قابلية المعلول لا العلة إذ التأثير في ناحية العلة تامة وغير محتاجة في المشاركة في التأثير في ناحية العلة بل الوساطة لهم بنحو تتميم قابلية القابل وليس هم من متممات فاعلية الفاعل .

٢ ـ وإما أن تكون ولايتهم بنحو الوساطة في التشريع بأن يكون الجعل في الولاية من قبل الله سبحانه اعتبارا وتشريعاً لهم من قبل الله على طبق استعداد نفوسهم فالولاية لهم اعتبارية وولاية الله ذاتية ولهم التصرف في النفوس والاعراض والأموال .

---

(١) كنز العمال ج ٨ ص ٣ ـ ٤ السنن الكبرى للبيهقي ج ٧ ص ١٣٥ .

ومن ذهب إلى الولاية الاعتبارية وجعل أهل البيت (ع) لهم الوساطة في التكوين يكون منافياً بين الامرين[1] .

واختار سماحة الوالد في ابحاثه انهم اشرف الكائنات وأجلها قدرا وأما امتلاكهم للاشياء تكون بنحو الاشراق كما ذهب اليه الحكماء في وسائط التكوين فتكون ملكيتهم للاشياء بهذا النحو ولو كانت ملكيتهم بنحو الامر الاعتباري كما عليه النوع البشري للزم وجود ملكيتين فعليتين على شيء واحد ولكن لما كانت بنحو الاشراق ارتفع هذا المحذور .

أو ان لهم الحق في سلب ملكية المالك لا من نوع وجود ملكية على ملكية كما اختاره والدنا .

والذي نتأمله في مجموع ذلك ان ولايتهم اعتبارية وانها مجعولة بالجعل الشرعي وان شرف المكانة من لوازم ذاتهم المقدسة لاستعدادها على ذلك .

وان تملكهم للاشياء كما ذهب اليه الوالد بنحو أن لهم الحق في سلب الملكية وليس من باب جعل ملكيتين في عرض واحد ان كان هناك مصلحة عامة .

ولاية الفقيه

يقوم الفقيه محل الإمام المعصوم (ع) على مراتب :

أ ـ بنحو الولاية العامة بمعنى ان كل مرتبة يقوم بها الامام من الولاية العامة بجميع شئونها واطوارها تثبت للفقية في زمن غيبة الامام المهدي (ع) ما عدى خواص الامام من العلم بالمغيبات والتشريع بالاحكام التكليفية والموضوعية وبذلك يكون الفقيه في عرض الامام في ناحية تدبير الامة الاسلامية .

---

(١) نظرية الفيلسوف الاصفهاني .

وقام بهذه النظرية النراقي واتبعه انصار قلائل إلى سنة ١٣٩٩ هـ حتى ثار احد انصار هذه الفكرة وسحق جمهرة العلماء القائلة بالولاية الخاصة وصار له جماعة ينادون بالولاية العامة .

وكانت وجهة أدلتهم ما روى عن البحتري عن أبي عبد الله (ع) قال (ع) أن العلماء ورثة الأنبياء[١] .

انهم امناء الرسل ما لم يدخلوا في رغبات السلاطين[٢] .

انهم خلفاء رسول الله (ص)[٣] .

العلماء حكام على الملوك والملوك حكام على الناس[٤] .

العلماء يجلسون مجلس الانبياء ويقومون بكل ما يقوم به أهل البيت (ع)[٥] .

فيثبت من هذا العرض الولاية العامة لمنصب الفقيه وانه يقوم بجميع شئون الامام من حيث ادارة الدولة الاسلامية السياسية والاقتصادية والاجتماعية . وكل ما يراه الامام صالحا للامة الاسلامية حتى فسخ الزوجة من زوجها ورفع الملك من مالكه الا ان الجمهرة المعارضة قالت بان هذه الروايات في مقام فضيلة العلم وعرضوا نقاطاً في المعارضة .

١ ـ الوارث لا يرث جميع شئون مورثه الا ما يصلح للوراثة .

٢ ـ الولاية العامة للمنزل عليه غير ثابتة .

---

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم .

(٢) أصول الكافي ج ١ ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه .

(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ٧ .

(٤) المستدرك باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ١٨ .

(٥) الوسائل باب ٣ من أبواب صفات القاضي .

٣ ـ الروايات أكثرها مذيلة بان الانبياء لا يورثون مالا ويدل على أن وظيفة الانبياء الابتعاد عن القضايا المادية .

٤ ـ ان العلماء ينصرف إلى أهل البيت (ع) كما ورد عنهم (ع) نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون[١] .

٥ ـ كلمة ان مجاري الامور بايدي العلماء[٢] بناء على تمامية سندها يناسب الوساطة التكوينية والتشريعية[٣] ولا يناسب ولاية الفقية .

ب ـ الولاية الخاصة .

ذهبت الطائفة الغالبة من علماء الامامية إلى سنة ١٤٠٠ هـ إلى الولاية الخاصة مستدلين على مذهبهم بما ورد عن أبي عبد الله (ع) في مقبولة عمر بن حنظلة من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فاني قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما بحكم الله استخف وعلينا رد والراد علينا الراد على الله فهو على حد الشرك بالله[٤] .

وورد عن أبي خديجة وانظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم فاني قد جعلته قاضياً فتحاكموا اليه[٥] .

ان الاستدلال بمقبولة بن حنظلة يدل على أن الجعل للقضاء في مقام التقابل بين الجعلين بمعنى ان الامام جعل منصب القاضي الشيعي بمنزلة

---

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب صفات القاضي حديث ١٨ .
(٢) تحف العقول ص ٢٣٧ .
(٣) المحاكمة في القضاء ص ٤٠ تقريرات سماحة الوالد المؤلف حجة الاسلام السيد حسين .
(٤) الوسائل باب ١١ من صفات القاضي حديث ١٠ .
(٥) الوسائل باب ١١ من أبواب صفات القاضي حديث ٥ .

جعل القاضي السني كما يدل على ردع الامام من الرجوع إلى قضاة العامة بعد جعل القضاة من قبله (ع) - راجع الوسائل باب ١ من صفات القاضي .

وهكذا بالنظر إلى رواية أبي خديجة المستوحى منها في نطاق خاص وان دلت من زاوية أخرى على القضاء للمتجزي أيضاً بقوله (ع) شيئاً من قضايانا أيضاً وان كان هذا موضوعاً آخر لا يمت ببحثنا .

ج - ان منصب الفقيه مختص بالقضاء والفتوى ويرون ان مقبولة ابن حنظلة بناءا على صحة سندها لا تدل الا على جعل الفقيه قاضياً وهذا لا يستدعي عموم نصب القاضي لجميع متطلبات المجتمع البشري وهذه النظرية قد تبناها صاحب الحدائق[1] .

وسار على هذه النظرية أيضاً الفقيه الاصفهاني والفقيه النائيني واستأذنا الخوئي .

د - ان الولاية ليس كما ذهب اليها البعض من القضاء والفتوى وليس كما ذهب اليها ارباب النظرية العامة وانما تقع وسطا في السلوك للفقية مستدلين بالتوقيع الشريف عن الامام المهدي (ع) بقوله (ع) واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة احاديثنا فانهم حجتي عليكم[2] .

ووجه الدلالة في العرض الروائي ان الحوادث شاملة للقضايا العامة والخاصة

وان اقتران الحوادث باللام أما يراد بها العهدية أو الجنسية أو الاستغراق كل ذلك يراد به بحسب مدخولها[3] ويقصد من التوقيع الشمول لاكثر من نطاق القضاء والفتوى دون القضية الشخصية وانما بيان الحوادث

(١) الاحتجاج ص ٢٨٣ .

(٢) الحدائق .

(٣) أشار سماحة الوالد في كتابه أنوار الوسائل .

ولكل قضية تمر على المجتمع من انظمة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية التي هي معلومة ومتداولة في تلك العصور المحتاجة إليها الرعية في تدبير أمورها من قبل القائد والزعيم .

وليست كلمة الحوادث في مقام بيان القواعد الكلية كالفتاوى أو القضايا الشخصية وليست الحوادث في مقام القضاء والفتوى كما سار اليها صاحب الحدائق وانصاره لانها معلومة من زمن الامام علي (ع) إلى زمن الامام العسكري وقرينته فانهم حجتي عليكم يناسب أن قول الفقيه حجة في قيامه لشئون المجتمع الذي كل ما يتناسب بين الراعي والرعية ويمكن أن نعبر عن هذا النوع من الولاية بالولاية العامة في الجملة لا بما جاء فيه جميع شئون الامام (ع) حتى فسخ الزوجة من زوجها ويكون راينا تبعا لهذه النظرية الاخيرة الذي عليها اغلب الفقهاء ممن يسير على نهج الولاية الخاصة أو الولاية العامة في الجملة .

هـ ـ التبليغ المجرد

سار علم الهدى إلى أن ولاية الامام (ع) لمجرد التبليغ عن احكام الله وظهور المعجزة على ايديهم ان اقتضت المصلحة الآلهية على ذلك مخافة ان ترد دعواهم من النبوة والامامة أو يكذبوا[1] وهذه النظرية اضعف الحجج التي سار عليها بعض فقهاء القدامى من الامامية .

كل ما قدمناه لمحة عن نظرية علماء الامامية حول الولاية للفقيه

اما بالنسبة إلى ولايته على القاصرين في التزويج فان ولايته على الصغير اعتبارية وليست بذاتية كما اختاره في الجواهر .

والمهم ان ولايته على الصغير ثابتة بمقتضى ما ذكرناه من الولاية العامة في الجملة عند وجود المصلحة من جانب الصغير وأما بالنظر إلى المجنون فقال

---

(١) الامالي .

في ولاية الحاكم الشرعي بلا خلاف اجده فيه بل الظاهر كونه مجمعا عليه .

وجاء في الحدائق قال من غير اشكال عندهم ولا خلاف .

تزويج الوصي للصغير والمجنون

من ملحقات بحث الولاية اذا زوج الوصي الصغير أو المجنون هل يكون العقد نافذا اما في المجنون قد ادعى الاجماع على تزويجه كما ورد في الكفاية والمسالك عدم الخلاف الا انه عند الفحص نجد الخلاف موجودا كما ذكره صاحب المسالك نفسه في تصرف الوصي في المجنون فاذا لا يركن إلى الاجماع مع وجود الاختلاف .

واما بالنظر إلى الصغير فان كان الرجوع إلى جهة قوله تعالى فمن بدله بعد ما سمعه ونحوه فالوصاية في مقام الجهات المالية دون لحاظ التصرف في النفوس .

والميزان في ذلك كله سواء كان في المجنون أم الصغيران كان لجهات ثانوية كادلة الضرر ونحوه فالمتبع تلك الادلة الثانوية والا فملاحظة الادلة الاولية قاصرة عن الشمول .

مـوانــع الـزوجـيـة:

ـ في الديانتين.

ـ القرابة في الشريعة اليهودية.

ـ القرابة في الشريعة المسيحية.

ـ القرابة الحكمية لها ثلاثة أنواع.

ـ المحرمات والمصاهرة في الفقه الروماني.

ـ حكم المحرمات في الاسلام.

ـ الرضاع عند المذاهب الأربعة.

ـ التحريم الحكمي ـ الرضاع.

ـ قاعدة يحرم من الرضاع مايحرم من النسب.

ـ شروط الرضاع.

ـ عقد الأخرس وايجابه وقبوله.

ـ اتيان الايجاب والقبول بالكتابة.

ـ الموالاة بين الايجاب والقبول.

ـ الحضور في المجلس.

ـ اللحن في الصيغة.

- يشترط في العاقد البلوغ والعقل.
- لفظ الايجاب بنعم.
- يصح العقد من المرأة.
- عدم رعاية التطابق.
- التعليق بالشرط في نظر الديانتين.
- التعليق في نظر الشريعة الاسلامية.
- الشرط بما يخالف الشرع.
- اشتراط تعيين الزوج والزوجة.
- جهالة الأوصاف.
- شرط الخيار في العقد.

موانع الزوجية في الديانتين

اشرنا إلى انه قد يكون المانع من ترتب الزواج اذا كان فيه العيوب الذاتية أو الوصفية .

ويقع الحديث حول موانع الزوجية اذ قد تقوم على القرابة والدين وبهذا سرت جميع الديانات الرسالية على وجود المانع بنحو القرابة أو الدين .

القرابة في الشريعة اليهودية

كان في العصر الاول من الديانة اليهودية ترى التحاق الولد بامه دون ابيه كما حدثنا بذلك ثروت انيس الاسيوطي «الولد يلتحق ببطن امه لا ببطن ابيه»[1] .

ولكن التوراة تحدثنا عن عدم الزواج من الاقارب راجع سفر التكوين اصحاح ١١ آية ١٩ ان ابراهيم تزوج من سارة اخته لابيه كما جاء في نص التوراة (بالحقيقة أيضاً هي أختي ابنة أبي غير انها ليست ابنة أمي فصارت لي زوجة) .

وقد جمع يعقوب بين الاختين راجع سفر التكوين اصحاح ٢٩ آية ١٥ وما بعدها وقد اضطجع لوط مع بنتيه وحملتا منه راجع سفر التكوين اصحاح

---

(١) نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين الجماعات البدائية بنو اسرائيل ج ١ ص ١٥٥ .

١٩ آية ٣٠ ـ ٣٧ الا أنه في الاونة الأخيرة عندما جاءت الديانة اليهودية تطور التحريم إلى عدم الزواج من زوجة العم ـ راجع في ذلك سفر اللاويين اصحاح ١٨ .

وكانت التوسعة التحريمية للقرابة جاء بها التلمود فاستند العلماء الربانيون إلى جهة التحريم عن طريق التوراة اولا فكان التحريم فيها عن وجود نص مباشر وعند المخالفة يلاقي الجزاء وثانيا التحريم الذي جاءعن طريق التلمود المستند إلى الاجتهاد ويكتفي في الجزاء بمجرد ابطال العقد واجبار الرجل على الطلاق كما ورد في المادة ٣٨ من ابن شمعون أن قرابة التحريم نوعان نوع لا ينعقد فيه العقد ولا يحتاج إلى طلاق ولا يعد أولاده غير شرعيين راجع بذلك أيضاً المادة ٣٩ .

وقد جاء في المادة ٣٧ لابن شمعون أيضاً بانه لا يصح العقد مع وجود قرابة تحريم أو مانع وفي المادة ٣٨ فمحرمات النوع الاول هي الام والبنت وبنت البنت وبنت الابن وبنت ابن الابن وبنت بنت البنت وبنت ابن البنت وبنت ابن الزوجة وبنت بنت الزوجة وجدة أبي الزوجة وجدة أم الزوجة وجد الجد وامرأة الام لاب وامرأة الخال (م ، ٤٠٨) .

وجاء في المادة ١٤ لابن شمعون ان مثل هذه المحرمات لبيان الحصر قال لا يقاس في المحرمات بنوعيها فهن مستثنيات حصرا علون أو سفلن وما عداهن حلال .

ولكن بعين ذلك قد جوزوا الزواج من بنت الاخ ومن بنت الاخت .

واما عند القرائين فيتمسكون بما ورد التحريم في التوراة ولكن مع ذلك تمسكوا بالعقل والقياس والاجماع حتى زاد عدد التحريم عندهم باكثر

من شريعة الربانيين واتهم القراؤون الربانيين بان تحريمهم قد اخذوه من الشريعة الاسلامية[1] .

القرابة في الشريعة المسيحية

يأتي التحريم على ثلاثة اتجاهات :

١ ـ قرابة نسب .

٢ ـ قرابة مصاهرة .

٣ ـ قرابة حكمية .

ويراد بقرابة النسب هي قرابة الدم .

جاء في مجموعة الاقباط الارثوذكس (١٩٥٥) بان القرابة تمنع من الزواج أ ـ بالاصول وان علوا أو الفروع وان سفلوا .

ويوافق هذا المعنى ما جاء من الارادة الرسولية المادة ١٦٦ .

وأيضاً ورد في مجموعة الانجيليين البروتستانت المادة ٧ .

وورد في مجموعة الاقباط الارثوذكس من المادة ٢٠ .

ب ـ بالاخوة والاخوات ونسلهم .

ج ـ بالاعمام والعمات والاخوال والخالات دون نسلهم .

واما في شريعة الكاثوليك فلا تفرقة بين فروع الابوين وفروع الجدين وانما تمنع قرابة الحواشي من الزواج حتى الدرجة السادسة راجع المادة ٦٦ ـ ٢ من الارادة الرسولية وقد توسعوا في التحريم بما يخالف القانون الكنسي الغربي[2] .

---

(١) موانع الزواج في التشريع الاسلامي المقارن رسالة القاهرة بدون تاريخ ج ٣ ـ ص ٨٩ لاحمد اغنيم وراجع شعار الخضر ص ١٦ .

(٢) موانع الزواج ج ٧ ص ٤٧ للدكتور شفيق اشحاته مانع الزوجية القائمة تتمة مانع القرابة سنة ١٩٦٣ .

واما المقصود من المصاهرة فقد ورد في المادة ٣١ من مجموعة ١٩٥٥ الارثوذكس بمنع المصاهرة للرجل أ ـ باصول الزوجة وفروعها فلا يجوز له بعد وفاة زوجته ان يتزوج بامها أو جدتها وان علت ولاببنتها التي رزقت من زوج آخر أو بنت ابنها أو بنت بنتها وان سفلت ب ـ بزوجات اصوله وزوجات فروعه واصول اولئك الزوجات وفروعهن ولا بزوجات اعمامه وأخواله فلا يجوز له ان يتزوج بزوجة والده أو جده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها ولا بزوجة ابنه أو حفيده أو أمها أو جدتها أو بنتها أو بنت ابنها أو بنت بنتها ج ـ باخت زوجته ونسلها وبنت اخيها ونسلها بزوجة اخيه واصولها وفروعها هـ ـ بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها و ـ باخت زوجة والده وأخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه وأخت زوج بنته .

وجاء في المجموعة نفسها فان ما يحرم على الرجل يحرم على المرأة[1] .

وقد اطلق على مثل هذه القرابة الكاثوليك بالقرابة الاهلية وهي على ثلاثة أنواع :

١ ـ قرابة اهلية اصلية

وهي التي تبتني على أحد الزوجين أو من يربطهم بالزوج الآخر قرابة نسب (دم) وتحرم عليه أن يتزوج من أي من هؤلاء الاخيرين اذا كانوا يرتبطون بالزوج الآخر بقرابة مباشرة أيا كانت الدرجة اما ان كانوا يرتبطون بالزوج الآخر بقرابة حواشي فلا يمتنع عليه أن يتزوج منهم الا في حدود الدرجة الرابعة .

٢ ـ قرابة اهلية تقوم بين أقرباء الدم لاحد الزوجين وأقرباء الدم للزوج الآخر وتمنع الشريعة الكاثوليكية الزواج بين الاقرباء في هذا الفرض

---

(١) موانع الزواج ج ٨ ص ٤٨ ـ ٥٦ للدكتور شفيق اشحاته مانع المصاهرة ط ١٩٦٤ .

حتى الدرجة الرابعة مثلا يمتنع الزواج بين شقيق الزوج وشقيقة الزوجة (قرابة من الدرجة ٤) وبين شقيق الزوج وأم زوجة هذا الاخير (من الدرجة ٣) حين يجوز الزواج بين عم الزوج وعمة الزوجة (من الدرجة ٦) .

٣ ـ القرابة الاهلية الفرعية وتتصور على نوعين الاول ان يتزوج شخصان الواحد بعد الآخر من شخص ثالث بعينه فتنشأ قرابة بين أقرباء الزوج الاول وأقرباء الزوج الثاني والنوع الثاني ان يتزوج اثنان من شخصين تربطهما قرابة دم فتنشأ قرابة بين أقرباء الزوج الاول وأقرباء الزوج الثاني على أن التحريم يقتصر في الفرضين على الاقارب من الدرجة الاولى واليك المثال من النوع الاول كما ورد في الارادة الرسولية المادة ٦٧ ـ ٦٨ ان تتزوج مارجريت من ميشيل وبعد وفاته تتزوج من جيرار فيمتنع على هذا الاخير ان يتزوج من أم ميشيل ولا من بنته ان كانت له بنت من زوجة اخرى غير مارجريت .

ومثال النوع الثاني أن يتزوج أ ـ من ب ـ ويتزوج ج ـ من د ـ وتكون ب ـ قريبة ل ـ د قرابة دم عندئذ تنشأ قرابة بين أ ـ ب فلا يجوز بالتالي ل ـ أ أن يتزوج من ابنة ـ ج أو من أمه[1] .

واما بلحاظ احكام المصاهرة في المذهب البروتستانتي فذكرها استطرادا مع قرابة الدم في المادة ٧ وجاءت على نحو تعداد المحرمات من طرف الرجل والمرأة واليك نص المادة .

لا يحل للرجل ان يتزوج أم زوجته واخت زوجته وزوجة جده وزوجة ابيه وزوجة عمه وزوجة خاله وزوجة اخيه وزوجة ابن اخيه وزوجة ابن اخته وزوجة ابنه وبنت اخ زوجته وبنت اخت زوجته وبنت زوجته وبنت بنت زوجته وبنت ابن زوجته وبنت زوجته .

---

(١) نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية للدكتور شكري سرور ص ١٧٨ .

اما المرأة فلا يحل لها أن تتزوج حماها وزوج جدتها وزوج امها وزوج عمتها وزوج خالتها وزوج اختها وزوج بنت اخيها وزوج بنت اختها وزوج بنتها وابن اخت زوجها وابن زوجها وابن بنت زوجها وابن زوج امها .

القرابة الحكمية لها ثلاثة أنواع

١ ـ التبني .
٢ ـ العماد .
٣ ـ الرضاع .

وحكم التبني عند الارثوذكس الاقباط كما جاء في المادة ٢٢ من مجموعة (١٩٥٥) ان هذه الشريعة تجيزه وترتب على هذه القرابة الحكمية التي تنشأ بين الوالد بالتبني واقاربه وبين الولد المتبني ان يمتنع على هذا الاخير التزوج بمن تبناه وفروعه حتى الذين يرزق بهم بعد التبني كما يمتنع الزواج كذلك بين الاولاد الذين تبناهم شخص واحد وفيما بين المتبني والمتبنى يمتنع الزواج بين كل منهما وزوج الآخر .

وجاء في المذهب الكاثوليكي من (المادة ٧٠ ـ ٧١) حيث تشترط لاعتبار قرابة التبني ما نعا من الزواج ان تكون معتبرة كذلك في القانون المدني .

واما عند البروتستانت فلا يعترفون بالقرابة الحكمية .

واما قرابة المعماد ويعرف بانه طقس ديني يلزم القيام به حتى يصبح الشخص مسيحيا ويعبر عنه بالقرابة الروحية فتجعله الكاثوليك ما نعا من الزواج بين الاشبين من ناحية والمعمد ووالديه من الناحية الاخرى راجع المادة /٧٠/ ولرؤساء الكنيسة المحليين الاعفاء عن مثل هذا المانع راجع المادة /٣٢/ .

وعند الاقباط قد عدلت عن هذا المانع[1] .

اما بالنظر إلى الرضاع فلم تعرف لدى الكنيسة الكاثوليكية ولا البروتستانت الانجيليين وانما الارثوذكس اعترفوا بكونها مانعا من الزواج[2] ولكنه قد عدلت عنه ولم تثبته في أحوالهم الشخصية .

المحرمات والمصاهرة في الفقه الروماني

جاء في كتاب جوستيفان ص ٢٠ ـ ٢١ ـ ٢٢ ـ ٢٣ تعريب عبد العزيز فهمي الكتاب الأول قال فاتحة النكاح الصحيح هو ما يعقده الرومانيون الراغبون في الاتحاد وفقاً لاحكام القوانين وتشترط لصحته أن يكون الرجال قد بلغوا الحلم والنساء قد بلغن حد طاقة الرجال ولا فرق في ذلك بين آباء العائلات وبين أبناء العائلات ما عدا أن زواج ابناء العائلات يشترط فيه رضاء أصولهما الذين هم في ولايتهم اذ رضاء الوالد مقدماً هو من الأمور الموافقة كل الموافقة لمقاصد القانون المدني والعقل الفطري معا ولقد حصل التساؤل عن ابن المجنون أو ابنته هل لايهما ان يتزوج ولاختلاف الآراء فيما يتعلق بالابن قد اصدرنا امرنا بالتصريح له ـ على مثال ابنة المجنون ـ بالتزوج بغير واسطة ابيه مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في مرسومنا .

١ ـ ليس للانسان ان يتزوج مطلق امرأة يريدها فان من النساء من يحرم التزويج بهن أذ الزواج محال شرعاً بين الأصول والفروع فلا يحل مثلاً للأب أن يتزوج ابنته ولا للجد أن يتزوج حفيدته ولا للأم أن تتزوج ابنها

---

(١) ابن عسال ص ٢٣٠ .

(٢) موانع الزواج في التشريع الاسلامي المقارن لاحمد اغنيم ج ٣ ص ١١٢ ـ ١١٣ .

ولا للجدة أن تتزوج حفيدها وهلم جرا بحيث لو حصل زواج بين مثل هؤلاء الأشخاص لكان زنا أجرامياً وهذه القاعدة مطلقة لدرجة أن علاقة الأصل والفرع لو كان منشؤها مجرد التبني لما أخل هذا بحرمة الزواج بل أن هذه الحرمة تبقى ثابتة حتى بعد أنقضاء التبني وزواله فالمرأة التي تجعلها بطريق التبني ابنة لك أو حفيدة لا يجوز لك أن تتزوجها مهما تحررها من عقدة التبني .

٢ ـ الاقارب من الحواشي تسري عليهم قاعدة أخرى مشابهة للقاعدة السابقة ولكن أقل منها أطلاقا فالزواج محرم بين الاخ وأخته سواء كانا شقيقين أو كانا لأب أو لأم غير أن المرأة إذا لم تكن صارت أختاً لك إلا بسبب التبني فزواجك بها محرم ما دام التبني قائماً بحيث اذا انحل التبني بتحريرها حلت لك والحال كذلك لو أنك كنت أنت المتبنى ثم تحررت ويتفرع على هذا أن من يريد أن يتبنى ختنه ـ أي زوج ابنته ـ فعليه أن يبدأ بتحرير ابنته ومن يريد أن يتبنى كنته ـ أي زوجة ابنه ـ فعليه أن يبدأ بتحرير ابنه .

٣ ـ يحرم على الرجل تزوج ابنة أخيه أو ابنة اخته أو حفيدة أخيه أو أخته وإن كان بالنسبة لها في الدرجة الرابعة اذ القاعدة انه لا يجوز لنا زواج حفيدة الرجل أو المرأة للذين لا يحل لنا زواج بنت أيهما أما بنت المرأة التي تبناها أبوك فلا شيء يمنعك من تزوجها لأنه ليس بينك وبينها رابطة لا طبيعية ولا مدنية .

٤ ـ اما ولداالاخوين أو ولدا الأختين وولدا الأخ والأخت فالتزاوج بينهم مباح .

٥ ـ يحرم كذلك نكاح العمة ولو كانت قرابتها قرابة تبني كما يحرم نكاح الخالة وذلك لان العمة والخالة معتبرتان في مرتبة الأصول ومن هذا القبيل تحريم زواج عمة الأب وخالته وأن علتا .

٦ ـ حرمة المصاهرة تقضي أيضاً بالامتناع عن الزواج في بعض الأحوال فلا يحل لك أن تتزوج ربيبتك بنت زوجتك ولا حليلة ابنك لان كلتيهما تعتبر كابنتك ومقصودنا هي ابنة من كانت زوجتك والمرأة التي كانت زوجتك لابنك لان المرأة اذا كانت مازالت زوجة لابنك فيستحيل عليك زواجها اذ المرأة لا تتزوج رجلين في آن واحد وكذلك اذا كانت ما زالت ربيبتك أي مازالت أمها زوجتك فيستحيل أن تتزوجها لان الرجل لا يحل له الجمع بين زوجتين .

٧ ـ يحرم عليك أن تتزوج حماتك أي أم زوجتك وان تتزوج زوجة أبيك لان كلتيهما كأنهما أم بالنسبة لك وهذه القاعدة أيضاً لا تنطبق إلا بعد أنتهاء المصاهرة وإلا فان المرأة اذا كانت لاتزال زوجة لأبيك فان الشريعة العامة تحرم عليها الزواج بك ضرورة ان المرأة الواحدة لا تكون زوجة لرجلين في آن وكذلك اذا كانت المرأة حماة لك أي لا تزال ابنتها زوجة لك فزواجك بها محرم ما دام انه لا يحل لرجل أن يجمع في عصمته بين امرأتين .

٨ ـ على انه اذا كان للزوج ابن من زوجة اولى وكان لزوجته بنت من زوج آخر أو كان العكس فلهذين الشخصين أن يتزاوجا ويكون زواجهما صحيحاً ولو كان لهما أخ وأخت من الزوج الحادث بين أبويهما .

٩ ـ لا ريب في قرابة الارقاء هي موانع النكاح الشرعي أيضاً فاذا اعتق الأب وابنته والاخ وأخته مثلا فالزواج بينهما محرم .

١٠ ـ اذا تزوجت مطلقتك برجل آخر ورزقت منه بنتا فهذه البنت لا تكون ربيبتك ولكن الفقيه جوليان يرى أنه ينبغي لك أن تمتنع من التزوج بها ويقول أن مخطوبة ابني ليست كنتي ومخطوبة أبي ليست أمرأة أبي ومع ذلك فان الأمتناع عن تزوج تلك النساء أكثر انطباقا على قواعد الأخلاق ومقاصد القانون .

١١ ـ كل زواج يعقد على خلاف القواعد المتقدمة يكون عدماً فلا زوج يكون فيه ولا زوجة ولا اعراس ولا زواج ولا مهر والاولاد الذين يأتون من مثله لا يكونون تحت ولاية أبيهم بل يلحقون فيما يختص بالولاية الأبوية باولاد الكافة واولاد الكافة هؤلاء لا يعتبر أن لهم أبا مادام أبوهم مجهولاً وهم يطلق عليهم اسم أولاد الهواء .

وسوف تلاحظ الطرح القانوني في الاسلام في جهة الخلاف بين المحرمات والمصاهرة الرومانية والمحرمات والمصاهرة في القانون الاسلامي كما أنه يوجد جهة الجمع فيما بينهما .

حكم المحرمات في الاسلام

يترتب حكم المحرمات على ثلاث موضوعات أو ست وأضيف إلى الست ثلاثاً أيضاً .

١ ـ النسب (الدم)
٢ ـ الرضاع (النسب الحكمي)
٣ ـ المصاهرة (الاسباب)
٤ ـ اتمام العدد
٥ ـ اللعان
٦ ـ الكفر
٧ ـ المعقود عليها في العدة
٨ ـ المزني بهاذات بعل
٩ ـ المفضاة مع الدخول

يقوم التحريم النسبي على تسعة اصناف

١ ـ الام وان علت
٢ ـ البنت
٣ ـ بنت البنت وان نزلت
٤ ـ بنت الابن وان نزلت
٥ ـ الاخت
٦ ـ بنت الاخت وان نزلت
٧ ـ بنت الاخ وان نزلت
٨ ـ العمة فصاعدا
٩ ـ الخالة فصاعدا

وجاء النص القرآني على التحريم في قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم من النساء الا ما قد سلف انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا حرمت

عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الاخت وامهاتكم اللآئي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللآتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما والمحصنات من النساء إلا ما ملكت ايمانكم كتاب الله عليكم﴾ ـ النساء ٢١ ـ ٢٢ ـ ٢٣ .

ويكون تحريم الام مما يمكن ان يرجع إلى ضابطة كلية وهي كل انثى ولدتك أو ولدت من ولدك ذكراً أم أنثى .

وجاء تعبير آخر من المسالك كل انثى ينتهي اليها نسبك بالولادة بواسطة أو بغير واسطة .

وضابط البنت كل انثى ولدتها أو ولدت من ولدها ذكرا كان أم انثى بواسطة ام بغير واسطة .

والضابط من المحرمات من العمات والخالات كل انثى اخت ذكر ولدك بواسطة أو بغير واسطة وقد يكون من الام كاخت اب الام .

وقال الشهيد الثاني وضابط المحرمات الجامع لها انها يحرم على الانسان كل قريب عدا أولاد العمومة والخؤولة .

وقد ناقشه سلطان العلماء في حاشيته على اللمعة قال لا يخفى ان عمومة العمة والعم وخؤولتهما وكذا عمومة الخال والخالة وخؤولتهما قد لا تكون محرمة كما صرح به مع انه لا يخرج باستثناء أولاد العمومة والخؤولة فلابد من اخراجها بقيد آخر من الحكم بحرمة كل قريب .

فالتحقيق انها خارجة من القريب اذ المراد بالقريب من هو داخل في مراتب الارث بالنسب وهي لا ترث بالنسب مطلقا .

وذكر المسالك أقوال العلماء في ضابطة المحرمات بالنسب وهي كما يلي :

١ ـ يحرم على الانسان اصوله وفصوله وفصول اول اصوله واول فصل من كل أصل بعده أي بعد اول الأصول .

فاصول الامهات بالنسبة إلى الذكر والاباء بالنسبة إلى الانثى .
وفصول البنات البنون بالنسبة إلى الامرين .

وفصول أول الاصول الاخوة بالنسبة إلى الرجل والاخوات للانثى واولاد الاخ والاخت وان نزلوا وأول فصل من كل اصل بعد الاصل الاول الاعمام والعمات والاخوال والخالات .

٢ ـ انه يحرم على الانسان كل قريب عدا أولاد العمومة والخؤوله فتحرم على الرجل نساء القرابة مطلقا الا من دخل في اسم ولد العمومة والخؤوله وعلى الانثى ذكور القرابة .

ويحرم النكاح من أحد الطرفين يقتضي التحريم من الطرف الآخر لا محالة .

ولكن يقرب إلى الذهن ما ذهب اليه سلطان العلماء ان عنوان التحريم بما يرجع إلى التوارث فالنسب الذي فيه جهة التوارث يكون محرما .

الرضاع عند المذاهب الاربعة

ذهبت المالكية إلى مدة الرضاع حولين وشهرين فاذا رضعته بعد الفطام وبعد استغنائه عن لبن الثدي فلا يكون رضاعا شرعياً .

وذهبت الحنفية إلى أن زمن الرضاع فيه قولان احدهما أنه حولان ونصف حول ثانيهما ان زمن الرضاع حولان فقط .

واشترط الحنفية في المرضعة ان تكون المرأة آدمية وان تكون بنت تسع سنين فما فوق ويشترط في اللبن شروط : الأول أن يكون مائعا وأن يصل إلى جوف الطفل بواسطة مص الثدي وان يصل إلى الجوف في مدة الرضاع فاذا رضع في اثنائها ولو قطرة وصلت إلى جوفه فانه يعتبر ولو كان فطيما مستغنيا عن الطعام فالمدار على التحريم هو ان يرضع في المدة الشرط الرابع ان يكون وصوله يقينا فلو التقم الحلمة ولم يعلم هل وصل لبن إلى جوفه أو لا فانه لا يعتبر لان المانع شك الشرط الخامس ان لا يختلط اللبن بالطعام .

وعند المالكية قد اشترطت في المرضعة ان تكون امرأة فلو كانت بهيمة فان الرضاع منها لا يعتبر وكذا اذا نزل اللبن لرجل فانه لا يحرم ولو كان كثيرا ولا يشترط ان تكون المرضعة على قيد الحياة بل اذا ماتت ودب طفل وارتضع ثديها وعلم ان الذي بثديها لبن فانه يعتبر وان لا يخلط لبن المرأة بغيره من طعام أو شراب أو دواء .

وعند الشافعية قالوا يشترط في المرضعة شروط احدهما ان تكون انثى ادمية وان تكون على قيد الحياة وان تكون في سن تسع سنين قمرية وان يكون الرضيع حيا .

مقدار التحريم فعند الشافعية والحنابلة لا يحرم الا اذا كان خمس مرات والمالكية والحنفية يقولون أن الرضاع يحرم مطلقا قليلاً كان أو كثيراً ولو قطرة .

واستدل الشافعية والحنابلة بما رواه مسلم عن عائشة قالت كان فيما انزل الله في القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله وهن فيما يقرأ من القرآن وأيضاً روى مسلم لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان .

ونوقش بانه عن بعض ائمة المسلمين بانه لا يجوز الحكم على كتاب الله

المتواتر بما ليس بمتواتر[1] وورد في صحيح البخاري قال (ص) الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة[2] عن عائشة قالت حرموا من الرضاعة ما يحرم من النسب[3] .

التحريم الحكمي - الرضاع

مبنى التحريم الحكمي وهو الرضاع إلى قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وورد في النبوى المعروف يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[4] .

وورد في الكافي عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله (ع) قال سمعته يقول يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة[5] .

ورواه في الكافي عن عبد الله بن سنان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله (ع) لا يصلح للمرأة ان ينكحها عمها ولا خالها من الرضاعة[6] .

وجاء في الكافي والفقيه عن أبي عبيدة الحذاء في الصحيح قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا أختها من الرضاعة[7] .

---

(١) الفقه على المذاهب الاربعة ج ٤ ص ٢٥٠ - ٢٥٧ .
(٢) صحيح البخاري طبعة بمبي ج ٦ ص ٣٧ .
(٣) صحيح البخاري طبعة بمبي ج ٦ ص ٣٨ .
(٤) الوسائل باب ١ من أبواب الرضاع حديث ١ - ٣ - ٤ - ٦ - ٧ - ٨ - ١٠ - صحيح البخاري النكاح باب ٢٠ حديث ١٢٨٣ .
(٥) الوسائل باب ١ من أبواب الرضاع حديث ٢ - ٩ .
(٦) الوسائل النكاح باب ٨ من أبواب الرضاع حديث ٥ .
(٧) الوسائل باب ١٣ من أبواب الرضاع حديث ١ .

وقال أمير المؤمنين (ع) عرضت على رسول الله (ص) ابنة حمزة فقال رسول الله (ص) اما علمت انها ابنة أخي من الرضاعة[1] وكان رسول الله (ص) وعمه قد رضعا من امرأة .

والمدار في مجموع هذه الاخبار هو تناولنا للقاعدة والا فمن حيث النظر إلى الاخبار نفسها لم تكن ظاهرة في القاعدة الكلية .

اما المروي عن الرسول (ص) فهي تدل على حرمة النكاح اذا كانت مرضعة ولا يفرق الحكم بين كونه نسبيا ـ أي عن دم أو سببياً كالرضاع فالعناوين المترتبة على الام والبنت والاخت سار اثرها في الرضاع .

وقدر الشيخ الأنصاري في رسالة الرضاع لفظة المثل أو النظير فيقال يحرم من الرضاع نظير ما يحرم من النسب .

وقال استاذنا الفقيه البوجنردي في قواعده بان ظاهر الحديث الشريف هو ان عين ما يحرم بالنسب يحرم بالرضاع[2] .

فيكون جهة الاختلاف بين الرأيين ان التقرير يكون التحريم الرضاعي حكميا بنحو التنزيل وأما بالنسبة إلى رأي الاستاذ فان التحريم الرضاعي يكون في عرض التحريم النسبي .

ويتفرع على ذلك اذا كانت القاعدة ناظرة إلى عموم التنزيل فتكون العناوين الملازمة للعناوين النسبية أو ان الميزان على خصوص المنزل عليه وهو خصوص السبعة الواردة في القرآن والميزان في التحريم خصوص المنزلة من العناوين السبعة لانها موضوع الحرمة في لسان الدليل وليست العناوين الملازمة للسبعة كعنوان أم ولد البنت نسبا وام الاخ للابوين واخت الاخ للأبوين وأم السبط نسبا فانها جميعاً تلازم النسب .

(١) الوسائل النكاح باب ٨ من أبواب الرضاع حديث ٢ ـ ٦ .
(٢) القواعد الفقهية ج ٤ ص ٣١٩ .

ويترتب على عموم المنزلة وعدمها مسائل .

١ ـ لو ارضعت زوجتك اختها من لبنك فتكون اختها بنتك وزوجتك اخت بنتك الرضاعية فعلى عموم المنزلة تحرم الزوجة وعلى عدمها لا تحرم .

٢ ـ لو ارضعت زوجتك ابن اخيها أو بنت اخيها فتكون زوجتك عمة لولدك الرضاعي وعمة الولد في النسب ملازمة للعنوان المحرم وهو كونها اخت الانسان فعلى عموم المنزلة تحرم زوجتك وعدم العموم لا تحرم عليك زوجتك .

٣ ـ ولو ارضعت زوجتك اخاك أو اختك لابويك فتصير أماً لهما أي أم اخيك أو ام اختك لابوين ولا شك في ان هذين العنوانين في النسب ملازمان مع كونها أما له فعلى عموم المنزلة تحرم الزوجة لصيرورتها بمنزلة أم النسبي وعلى عدم العموم فلا تحرم .

قاعدة يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

اشرنا إلى القاعدة اجمالا ولاباس ان نتناولها تفصيلاً

يراد من الرضاع هو امتصاص الثدي أو الضرع فبين الولد وأمه نسبة حقيقية واضافة مقولية لان لها وجوداً خارجياً كالفوقية والتحتية وليست الاضافة بينهما من نوع الامور الاعتبارية كالملكية وهكذا الحكم بالنسبة إلى الاب فيقال هذا الولد ابن المرتضع بلحاظ الابوة .

فاذا كانت الاضافة في الابوة والبنوة في النسب هي بعينها جارية في الرضاع جرت الاثار جميعاً الا في الارث وان كان البعض اورد على من يلتزم بجميع الاثار يكون شاملا للارث أيضاً وان قلنا سابقا أنه لا يستفاد من الحديث والادلة نشر الحرمة للعناوين الملازمة الا بما ورد في النص القرآني .

وهل أن الرضاع جاء عن طريق التنزيل الشرعي أو انه متداول عند العرف .

ولابد ان نتناول الادلة على التحريم فقد جاءت عن طريق الكتاب العزيز في قوله تعالى وامهاتكم اللآتي ارضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ـ النساء /٢٧/ ، فقد اشارت الاية إلى فردين من التحريم الرضاعي وهما الام الرضاعية والاخت من الرضاعة .

ومن الادلة السنة المروية عن رسول الله (ص) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والاخبار التي اشرنا اليها اجمالا واليك البعض الآخر .

١ ـ عن الحلبي قال قلت لابي عبد الله (ع) أم ولد رجل قد ارضعت صبياً وله ابنة من غيرها ايحل لذلك الصبي هذه الابنة قال ما أحب ان اتزوج ابنة رجل قد رضعت من لبن ولده[١] .

٢ ـ في الصحيح عن صفوان بن يحيى عن أبي الحسن (ع) قال قلت له ارضعت امي جارية بلبني فقال هي اختك من الرضاعة قال قلت فتحل لاخ لي من امي لم ترضعها امي بلبنه يعني ليس بهذا البطن ولكن ببطن آخر قال والفحل واحد قلت نعم هو اخي لابي وأمي قال اللبن للفحل صار أبوك أباها وأمك امها[٢] .

٣ ـ رواية مسمع عن أبي عبد الله (ع) قال قال أمير المؤمنين (ع) ثمانية لا يحل مناكحتهم إلى أن قال امتك وهي عمتك من الرضاع امتك وهي خالتك من الرضاع[٣] .

ان الروايات كثيرة في مقام التحريم حتى ذكرانه من الادلة الاجماع فاما من حيث عنوان الرضاع فلا خلاف فيه وان الاختلاف فمن حيث شروط

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الرضاع حديث ٧ .
(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب الرضاع حديث ٣ .
(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب الرضاع حديث ٤ .

الرضاع لتعلق بعضها بالرضيع وبعضها بالمدة وثالثة بكيفية الارتضاع ورابعة بالمرضعه[1] .

فالاخبار مع كثرتها لم تكن في مقام بيان القضية الكلية وإنما الغالب فيها إلى جهة تطبيق الكبرى الكلية ولكن بخلاف ما جاء عن النبي (ص) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فانها في مقام بيان الضابطة الكلية وهكذا التعبير يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة ويكون دور التحريم ان الذي سرى في النسب هو بنفسه سار في الرضاع .

وربما يورد على الحديث بعدم شمول بعض المصاديق مع انها داخلة في عنوان الرضاع كما لو كانت الحرمة من ناحية المصاهرة الشرعية كام الزوجة أو بنتها مع الدخول بها أو من جهة الزنا كام المزني بها وبنتها أو من جهة الايقاب كام الغلام الموقب واخته وبنته وهذه المذكورات داخلة في التحريم الرضاعي مع ان التحريم قد جاء من طرف المصاهرة دون النسب والحديث خاص للنسب دون المصاهرة فاذا كان بهذا لابد من المحرمة بالمصاهرة أن ترجع إلى ادلة التحريم غير الحديث .

وتصدى في الاجابة استاذنا البجنوردي قال فالحديث الشريف يشمل جميع هذه الموارد لصدق الحرمة في هذه الموارد من جهة النسب وان كان يصدق ايضاً انها من جهة المصاهرة أو الزنا أو الايقاب ولا دليل على أن شمول الحديث لابد وان يكون في مورد تكون النسب علة تامة منحصرة للتحريم بل ظاهرة ان في كل مورد تكون العلاقة الحاصلة من النسب دخيلة في الحرمة تكون تلك العلاقة اذا كانت حاصلة من الرضاع تقوم مقام العلاقة الحاصلة من النسب .

والذي نلحظه في الحديث هو الاختصاص في جانب النسب وأما

---

(١) راجع في ذلك القواعد الفقهية للاستاذ البجنوردي ص ٣١٩ ـ ٣٢٠ .

ما أشار اليه الاستاذ من الدخالة في التحريم ليست الدخالة بنحو النسب للزوج وانما جاءت عن طريق المصاهرة .

هذا مع ان شمول النسب للمصاهرة يلزمه الاشتراك اللفظي وتعيين أحد المعنيين يحتاج إلى قرينة .

فالاولى ان تكون تلك المحرمات قد جاءت من غير الحديث وانما ثبتت عن طريق الادلة الاخرى .

شروط الرضاع

تتحقق شروط الرضاع في أمور :

١ ـ ان يكون اللبن محللا لا عن فجور كما جاء في دعائم الاسلام عن علي (ع) انه قال لبن الحرام لا يحرم الحلال ومثل ذلك امرأة ارضعت بلبن زوجها ثم ارضعت بلبن فجور قال ومن ارضع من فجور بلبن صبية لم يحرم من نكاحها لان اللبن الحرام لا يحرم الحلال .

هذا بالنظر إلى اللبن الذي جاء عن محرم بناء على تمامية ما يأتي من دعائم الاسلام وان كانت هناك روايات بهذا المضمون .

ولو جاء اللبن تلقائياً من غير ولادة فقد ورد في الكافي عن يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله (ع) قال سالته عن امرأة در لبنها من غير ولادة فارضعت جارية وغلاما من ذلك اللبن هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع قال لا[١] وهكذا في رواية يعقوب بن شعيب[٢] .

وعند ملاحظة صحيح عبد الله بن سنان[٣] بان يكون اللبن عن فحل

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب الرضاع حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٦ من أبواب الرضاع حديث ٤ .

وكذا في رواية بريد العجلي[1] ويكون من المجموع في العرض الروائي أن يكون اللبن عن ولادة وعن فحل شرعي فاذا لم يتم الامران معا لم يكن الرضاع تاما .

٢ ـ التحديد الزمني للرضاع أو التحديد الكمي أو البناء الجسمي

يقوم الرضاع على ثلاثة انحاء مرددة في النصوص الروائية أما الروايات المتجهة إلى جانب التحديد الزمني وهي :

موثقة زياد بن سوقة قال قلت لابي جعفر (ع) هل للرضاع حد يؤخذ به فقال لا يحرم الرضاع اقل من يوم وليلة أو خمسة عشر رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ولم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها فلو ان امرأة رضعت غلاما وجارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتهما امرأة اخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما[2] .

ومرسلة المقنع سأل الصادق (ع) هل لذلك حد فقال : لا يحرم من الرضاع الا رضاع يوم وليلة أو خمسة عشر رضعة متواليات لا يفصل بينهن[3] .

اما البحث عن الجانب السندي في هاتين الروايتين فالاولى موثقة والثانية مرسلة الا أن الاصحاب اعتمدوا عليها .

وأما التحديد الكمي الذي ورد في الروايات المرددة بين العشرة والخمسة عشر رضعة .

١ ـ موثقة عمر بن يزيد قال سألت الصادق (ع) عن الغلام يرضع

---

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ١٤ .

الرضعة والثنتين فقال لا يحرم فعددت عليه حتى اكملت عشر رضعات قال اذا كانت متفرقة فلا[1] .

٢ ـ رواية عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه قال ما ينبت اللحم والدم ثم قال اترى واحدة تنبته فقلت اثنتان اصلحك الله فقال لا فلم ازل اعد عليه حتى بلغت عشر رضعات .

٣ ـ عن زياد بن سوقة في الموثق وهو قوله (ع) فيه لا يحرم الرضاع اقل من رضاع يوم وليلة أو خمسة عشر رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد ولم يفصل بينها رضعة امرأة غيرها فلو أن امرأة رضعت غلاما أو جارية عشر رضعات من لبن فحل واحد وارضعتهما امرأة أخرى من لبن فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما[2] .

٤ ـ موثقة عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) قال سمعته يقول عشر رضعات لا يحرمن شيئاً[3] وأما البناء الجسمي فقد وردت عدة روايات :

١ ـ ما رواه الكافي عن عبد الله بن سنان قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم وشد العظم[4] .

٢ ـ عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله (ع) قال سالته عن الرضاع ما ادنى ما يحرم منه قال ما انبت اللحم والدم ثم قال اترى واحدة تنبته فقلت اثنتان اصلحك الله قال لا فلم ازل اعد عليه حتى بلغت عشر[5] .

---

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ٥ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب الرضاع حديث ٢ .
(٥) الوسائل باب ٣ من أبواب الرضاع حديث ١٢ .

٣ ـ عن حماد بن عثمان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبـد الله (ع) قال لا يحرم من الرضاع الا ما انبت اللحم والدم[1] .

٤ ـ عن عبد الله بن سنان عن أبي الحسن (ع) قال قلت له يحرم من الرضاع الرضعة والرضعتان والثلاثة قال لا الا ما اشتد عليه العظم ونبت اللحم[2] .

والآن نأتي إلى سلسلة هذه الروايات والاستظهار منها حيث يقع البحث في اتجاهين :

١ ـ ان الاخبار التي تبحث عن العدد والتحديد الزمني طرق للاشتداد فالاشتداد أخذ بنحو الموضوعية والتحديد الكمي والتحديد الزمني طريق للاشتداد والثمرة في ذلك ان الميزان على ترتب الموضوع فقد يحصل بالقلة وقد يحصل بالكثرة .

٢ ـ أو يكون النظر إلى الاخبار بلحاظ تقابل بعضها البعض وهذا لابد من معرفة الطرق السندية أما اخبار التحديد الزمني فهي قائمة على موثقة ومرسلة الا أن الاصحاب تقبلوا المرسلة .

واما الاخبار التي تحدد العدد بين العشرة والخمسة عشر فذهب الشهيد الاول إلى نشر الحرمة في العشرة وقد عارضه الشهيد الثاني بان اخبار العشرة مشعرة بالتقية[3] .

ويبدو من اراء العامة حول نشر الحرمة مسمى الرضاع فذهب أبو حنيفة ومالك والاوزاعي والثوري والبلخي والليث حتى ذكر الاخير انه ادعى اجماع اهل العلم على نشر الحرمة بمثل ما يفطر به الصائم ولكن اكثرهم

---

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ٢٣ .
(٣) اللمعة الدمشقية ص ٦٩ ج ٢ .

ذهبوا إلى التقدير والآية الكريمة في قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم مطلقة الا انه نستظهر التحديد من الروايات .

واما ما جاء عن دعائم الاسلام عن أمير المؤمنين (ع) قال يحرم من الرضاع قليله وكثيره المصة الواحدة تحرم[1] فلا يتمسك بهذه الرواية لاعراض الاصحاب عنها وموافقتها لسير العامة بنشر الحرمة ولو بالمسمى مع ما هنالك من روايات معارضة اصح منها سندا .

فتبقى اخبار خمسة عشر رضعة التي جاءت عن طريق صحيحة عبد الله بن رئاب عن الصادق (ع) قال قلت له ما يحرم من الرضاع قال ما انبت اللحم وشد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال لا لانها لا تنبت اللحم ولا تشد العظم عشر رضعات[2] فيكون مقتضى الصحيحة هو نفي العشر وأثبات مازاد التي جاءت الزيادة بموثقة زياد بن سوقة ومرسل المقنع .

واما مرسلة الصدوق انه سال الصادق (ع) يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يحرم من الرضاع إلا رضاع خمسة عشر يوما ولياليهن وليس بينهن رضاع لم يعول عليها من قبل الاصحاب .

واما البناء الجسمي في الروايات فقد اشرنا إلى انه قد يلاحظ فيه جهة الموضوعية وان التحديد الكمي أو الزماني طرق للموضوعية .

ولم يكن الشارع قد بنى الحكم على موضوع مجهول لان الانبات يتحقق بالقليل والكثير والظاهر أن الانبات الجسمي يتبع في ذلك معرفته عن طريق الفسيولوجيين أو العرف ولم يرجىء إلى جهة مجهولة ولو كان بالدقة العقلية يكون أمراً معلوماً ولو برضعة واحدة توجب انبات البناء الجسمي الا أن الشارع مع ذلك كله لم يكتف بالدقة العقلية وانما ميزانه معرفة العرف في

---

(١) المستدرك باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ٤ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب الرضاع حديث ٢ .

البناء الجسمي والعرف يرون انه لا يتحقق البناء الا برضاع يوم وليلة أو خمسة عشر رضعة مع عدم وجود فاصل بينهما .

هذا وقد يكون الموضوع لدى الشارع هو الامر الواقعي والحكم يترتب على موضوعه الواقعي الا ان الكاشف له هي الطرق الاثباتية من بيان التحديد الكمي والزماني .

واما اثبات البناء الجسمي فليس من نوع البينة المرتكزة على العدالة والعدد الفردي وانما يكتفي بالاثبات بلحاظ كونه من موارد بناء العقلاء ويتحقق ولو بفرد واحد سواء كان عادلا أم لا وانما الميزان فيه على الاطمئنان والوثوق .

٣ ـ من جملة الشروط للرضاع ان يتحقق من امرأة واحدة كما جاء عن صحيح بن سنان وصحيحة بريد العجلي كل امرأة ارضعت من لبن فحلها ولد امرأة اخرى ويراد بها اتحاد المرأة واتحاد الفحل واذا لم يتم الشرطان لم تنشر الحرمة .

واما تصوير اتحاد المرأة وتعدد الفحل ففي صورة ما لو طلق الزوج الاول ثم تزوجت برجل آخر وكان اللبن مستمرا إلى وضع الحمل من الزوج الثاني وإن كان تصويره بعيداً إلا أن أستاذنا الفقيه البجنوردي ذهب اليه .

٤ ـ من الشروط أيضاً أن تكون المرضعة حية كما ذهب اليه أكثر العلماء على ان المنساق إلى الارتضاع من الحي دون الميت كما عليه العرف .

وذهب استاذنا في قواعده إلى صحة الاستصحاب وانتشار الحرمة .

والذي يبدو لدينا ان الشارع لما جعل عنوان الموضوع للحكم هو البناء الجسمي فعند المات يشك بالبناء فالاصل عدم اثبات البناء الجسمي عند المات هذا مع ان عنوان الادلة اخذت بعنوان المرتضعة بنحو الجهة التعليلية

دون الجهة التقييدية فتكون المرتضعة الحية بنحو الجهة التعليلية وعند المات لا يصدق عليها عنوان المرتضعة وانما يصدق الارتضاع دون عنوان المرتضعة .

٥ ـ ان يكون الارتضاع عن الثدي والامتصاص منه فلو كان بغيره كما في عصرنا لم يكن ارتضاعاً بحسب العرف وان اكتفى الاسكافي بمجرد الوجود كما دلت عليه مرسلة الفقيه عن أبي عبد الله (ع) قال وجود الصبي بمنزلة الرضاع الا ان المشهور قد اعرضوا عنها ومعارضة برواية زرارة عن الصادق (ع) لا يحرم من الرضاع الا ما ارتضعا من ثدي واحد حولين كاملين وليس المراد من الحولين تقييد للرضاع وانما هو ظرف للرضاع المشار فيه إلى الاية الكريمة بقوله تعالى ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة﴾ (البقرة ٢٣٣) .

٦ ـ وذكر من جملة الشروط ان يقع الرضاع في نفس حولي الرضاعة واما عند انقطاع الرضاعة وحصول الفطام لم تنشر الحرمة كما جاء عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لارضاع بعد فطام[١] والمراد بالفطام تمام الحولين .

وحسنة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال لارضاع بعد فطام[٢] .

ورواية حماد بن عثمان عن أبي عبد الله (ع) قال لارضاع بعد فطام قلت جعلت فداك وما الفطام قال حولين للذين قال الله عز وجل[٣] .

---

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب الرضاع حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٥ من أبواب الرضاع حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٥ من أبواب الرضاع حديث ٥ .

ويتفرع بواسطة هذا الشرط فرعان

١ ـ لو استمر اللبن بعد الحولين فهل هو موجب لنشر الحرمة ام لا .

٢ ـ لو فطم الولد قبل الحولين فهل يؤثر التحريم لو تغذى الولد بعد ذلك ام لا .

اما بالنظر إلى الفرع الاول على جعل الفطام بنحو اكمال الحولين كما اشارت اليه الآية الكريمة وان الفطام يقع ظرفا للرضاع وليس المقصود هو الانقطاع عن الرضاع كما فسرها الامام في رواية حماد بن عثمان فاذا ارتضع الولد بعد الحولين لم تنشر الحرمة وقبلهما تشمله اطلاقات التحريم .

واما لو كان معنى الفطام هو الانقطاع عن الرضاع فلا يفرق الحكم سواء كان قبل الحولين أو بعدهما من عدم نشر الحرمة .

والمعتبر هو انقضاء الحولين في معنى الفطام وليس المقصود منه هو الانقطاع كما ذكره الجواهر قال بل لم تتحقق خلاف الحسن وهو ابن أبي عقيل اذ قصد به الانقطاع .

ونسب إلى الاسكافي التحريم قبل أن يفطم ولو كان الارتضاع بعد مضي حولين عن سن المرتضع ويمكن أن يقع مدركه رواية داود بن الحصين عن أبي عبد الله (ع) قال الرضاع بعد الحولين قبل ان يفطم محرم[1] الا أنه لا يعتمد عليه ومخالف للاخبار والاجماع .

وبما ذكرنا يتجلى الفرع الثاني ولا حاجة إلى الاعادة .

٧ ـ ومن جملة الشروط أيضاً أن لا يمزج اللبن باجنبي فانه يخرج عن كونه لبن امه وهو شرط عقلي .

---

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب الرضاع حديث ٧ .

انقلاب الزوجة بنتاً أو أختاً أو عمة أو خالة

لو كان للشخص زوجتان احداهما صغيرة وقامت الكبيرة فارضعت الصغيرة حرمت الصغيرة كما ورد عن صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال لو ان رجلا تزوج جارية رضيعة فارضعتها امرأته فسد النكاح[1] .

ويكون الرضاع سببا لانقلاب الزوجية إلى حقيقة ثانوية وهي عنوان البنتية التي كانت زوجته قبل الرضاع .

وكذا لو كانت المرضعة أم الزوجة فتكون اخته من الرضاعة .

ولو قدر ان ام اب الزوج ارضعت الصغيرة كانت بعد الرضاع عمة له لانها اصبحت اختا لابيه وهكذا لو ارضعتها ام ام الزوج تصير خالته وتكون الصغيرة بعد الرضاع اختا لامه .

واما بناء مثل هذه الفروع على مسألة المشتق من حيث حرمة الكبيرة لكونها بعد انقضاء المبدأ عنها تكون حقيقة فيصدق عليها أم الزوجة فعلا وليست مجازاً .

والميزان في الحرمة بناء على المشتق أن الامومة ظرف سقوط الزوجية .

واما لو قدر ان سقوط زوجته الصغيرة معلول لاتيان عنوانها المحرم وهي البنتية على تقدير كونها ربيبة دخل بامها على تقدير آخر فيكون بين هذين العنوانين مع عنوان الامومة الكبيرة من قبيل المتضايفين في رتبة واحدة وفي تلك الرتبة زوجته الصغيرة لم تسقط فالسقوط ليس مستندا إلى كون الصغيرة بنتاً أو ربيبة وانما انفساخ الزوجية بلحاظ تاخر الصغيرة عن عنوان الامومة وهذا كاف في صدق التحريم .

وانما الاشكال كله انه كيف يصدق العنوانان البنتية أو الربيبة مع

---

(١) الوسائل باب ١٠ من أبواب الرضاع حديث ١ .

الامومة للزوجة الكبيرة في زمان واحد مع انه في الدقة نجدهما في عرض واحد وليس بينهما تقدم وتأخر حتى يوجب نشر الحرمة ويمكن ان تقع الحرمة على الزوجة الكبيرة بمن كانت أم زوجته ولو بفاصلة قليلة فانها تكفي في الحرمة .

ويثبت الرضاع على ثلاثة أنحاء :

١ ـ الاقرار وذلك بقوله (ص) اقرار العقلاء على أنفسهم نافذ .

٢ ـ البينة وهو شهادة عدلين كما ورد في قوله (ع) أو تقوم به البينة[١] .

٣ ـ شهادة النساء وهو بين رائيين قول بعدم اعتبار شهادتهن كما ورد في مفهوم ابن بكير[٢] .

لقوله (ع) لا تصدق ان لم يكن غيرها وانما الميزان على العلم الوجداني أو البينة والقول الآخران الرضاع من الامور التي هي ادرى بها من غيرها فاذا لم تقبل شهادتهن يقع الناس غالبا في مخالفة الواقع وثبوت شهادة عدلين من محارمه في مشاهدة التقام الطفل للثدي نادر في كل رضعة كما يدل على الجواز ما ورد في دعائم الاسلام من جعفر بن محمد (ع) ان رجلا سأله عن جارية له ولدت عنده فاراد ان يطأها فقالت ام ولد له اني قد ارضعتها قال (ع) تجر إلى نفسها وتتهم لا تصدق[٣] .

ويبدو أن عدم قبول شهادتها لاجل الاتهام واذا خلا من عدم الاتهام فيجوز شهادتهن .

---

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب ما يكتسب به .

(٢) الوسائل باب ١٢ من أبواب الرضاع حديث ٣ .

(٣) المستدرك باب ٧ من أبواب الرضاع حديث ١ .

المصاهرة في نظر المذاهب الاربعة

يحرم في المصاهرة ثلاثة أنواع :

١ ـ فروع نسائه المدخول بهن فيحرم عليه ان يتزوج بنت امرأته وهي ربيبته .

٢ ـ أصول نسائه فيحرم عليه أن يتزوج أم امرأته وام امها وجدتها بمجرد العقد على البنت وان لم يدخل بها .

٣ ـ موطوآت الابناء والآباء

وحرمة المصاهرة تثبت بالعقد الصحيح بدون كلام أما العقد الفاسد أو الوطء بشبهة أو زنا ففي التحريم به اختلاف فذهب الحنفية إلى أن العقد الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة فمن عقد امرأة عقداً فاسداً لا تحرم عليه أمها وأما الذي يوجب حرمة المصاهرة فهي اربعة أمور احدها : العقد الصحيح ثانيها : الوطء سواء كان بعقد صحيح أو فاسد أو زنا ثالثها : المس رابعها : نظر الرجل إلى داخل فرج المرأة ونظر المرأة إلى ذكر الرجل .

وقالت الشافعية أن العقد الفاسد يوجب حرمة المصاهرة فيمن اشترط في تحريمها الوطء كالام فان بنتها لا تحرم الا بوطئها فاذا عقد عليها عقدا فاسدا ثم وطئها بناء على ذلك العقد حرمت بنتها أما التي تحرم بمجرد العقد فانه يشترط في تحريمها التي يكون العقد صحيحا كالبنت فان امها تحرم بمجرد العقد عليها بشرط أن يكون صحيحا فاذا عقد على البنت عقدا فاسدا ولم يدخل بها لم تحرم امها نعم اذا وطئها بعد ذلك العقد الفاسد حرمت امها بالوطء ولو في الدبر وعند المالكية قالوا تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد والعقد الفاسد نوعان مجمع على فساده وغير مجمع على فساده في المذاهب الاخرى وهذا لا ينشر الحرمة الا بالوطء ومقدماته وذلك كنكاح امرأة معتدة وهو غير عالم أو نكاح اخته رضاعا بدون علمه فان النكاح فاسد بالاجماع

ويدرأ الحد عن الفاعل لانه فيه شبهة أما العقد الذي لم يجمع على فساده كنكاح المحرم بالنسك فانه صحيح عند الحنفية فاسد عند المالكية وكذلك نكاح المرأة نفسها بدون ولي ونحوه فانه تنشر الحرمة وعند الحنابلة تثبت حرمة المصاهرة بالعقد الفاسد فان العقد الفاسد عندهم يثبت به احكام النكاح ما عدا الحل والاحصان والارث[1] .

المصاهرة في الاسلام عند الامامية

بعد حدوث الزوجية توجد محرمات بواسطة ذلك العقد

١ ـ تحرم زوجة الاب كما في قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح أباؤكم .

٢ ـ تحرم حلائل الابناء لقوله تعالى وحلائل ابنائكم وان لم يدخل بهن .

٣ ـ تحرم ام الموطوئة .

٤ ـ وابنة الموطوئة أما ابنة المعقود عليها من غير دخول فلا تحرم البنت اذا لم يدخل بامها كما تدل الآية الكريمة بقوله تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن .

٥ ـ تحرم اخت الزوجة عند ارادة الجمع بينهما .

٦ ـ تحرم العمة والخالة عند عدم رضائها والظاهر من كافة الفرق الاسلامية غير الامامية تحرم العمة والخالة لقوله (ص) لا تجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها .

عندما نشاهد الروايات في هذا الميزان نجدها كثيرة كما ورد عن

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٦٣ ـ ٦٧ .

محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال لا تتزوج ابنة الاخ ولا ابنة الاخت على العمة ولا على الخالة باذنها وتزوج العمة أو الخالة على ابنة الأخ وابنة الاخت بغير اذنها[1] .

وعن عبيدة الحذاء قال سمعت ابا جعفر (ع) يقول لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها الا باذن العمة والخالة[2] .

وجاء عن كتاب علي بن جعفر لاخيه موسى بن جعفر (ع) قال سالته عن امرأة تزوج على عمتها أو خالتها قال (ع) لاباس[3] .

وهذا الخبر مطلق الا ان الروايات السابقة مقيدة بالاذن فيتقيد بها وذهب صاحب المقنع إلى المنع مطلقا ولو اذنت العمة أو الخالة قال ولا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اختها ولا على ابنة اخيها ولا على اختها من الرضاعة .

معتمدا في المنع على اطلاق صحيح أبي عبيدة قال سمعت ابا عبد الله (ع) يقول لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على اختها من الرضاعة[4] .

الا انه بما اشرنا اليه ان هناك روايات مقيدة بالاذن فتقيد هذه الصحيحة بها أيضاً الا ان طريق الجمع بين الروايات المانعة والمجوزة هو الحمل على الكراهة .

اما في صورة العكس فيجوز تزويج العمة والخالة على بنت الاخ والاخت كما روي عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال تزوج الخالة

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨ .

والعمة على بنت الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما[1] .

وصحيح ابن مسلم المروي عن نوادر ابن عيسى عن أبي جعفر (ع) قال لا تنكح ابنة الاخت على خالتها وتنكح الخالة على ابنة اخيها ولا تنكح ابنة الاخ على عمتها وتنكح العمة على ابنة اخيها[2] .

اما في صورة جهالة العمة والخالة أو علمهما فلا يؤثر من حيث ترتب الحكم الواقعي .

وان ذهب صاحب المسالك إلى اشتراط علمهما بان المدخول عليها زوجته والا لم يصح وان كان على خلاف المشهور من علماء الامامية .

وهكذا ذهب العلامة إلى اشتراط العلم والامر كما أوضحناه .

واما عدم صحة العقد على العمة والخالة في صورة عدم الرضاء لا يفرق بين العمة المباشرة أو الخالة المباشرة أو عمة العمة أو خالة الخالة للاشتراك في العلة وان كان ذلك محتاج إلى الدليل وانما يؤخذ بالقدر المتيقن وهو في خصوص العمة والخالة الا ان يتمسك بالاطلاق على الشمول ويمنع الانصراف إلى العمة والخالة المباشرتين كما ان رضاء العمة والخالة يكفي فيه مجرد الرضاء الباطني وان لم يكن وجود كاشف لذلك الرضاء وهو الاذن مثلا لان الاذن يقع طريقاً للرضاء وليس له موضوعية بازاء الرضاء ويتفرع على ذلك اذا تزوجهما من غير اذن ثم اجازتا فانه يصح العقد لتحقق شرط الصحة وهو الاذن .

واذا رضيت ثم عدلت وكان قبل العقد لم يصح العقد على بنت الاخ أو بنت الاخت الا ان الكلام بان اذنهما من باب الحق فاذا رضيت أولا فلا

---

(١) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥ .
(٢) الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٢ .

مجال للعدول بعد ذلك وان كان من نوع الحكم الشرعي كما هو الظاهر فلها ان تعدل اذا لم يسبق العقد العدول .

ويتفرع على ذلك اذا اشترط الزوج في عقد العمة أو الخالة اذنهما في تزويج بنت الاخ أو الاخت ثم لم تاذنا عصيانا منهما في العمل بالشرط فان كان الشرط من نوع الحق للزوج فله المطالبة بحقه وعند امتناعهما يكون له الحق في الاجبار والا كان الحاكم الشرعي يقوم مقامه في المطالبة واستيفاء الحق اما اذا كان الشرط من نوع الحكم فيجب عليهما امتثاله كسائر التكاليف الشرعية واذا امتنعتا عن الاجازة يمكنه اجبارهما لا عن طريق الحق وانما عن طريق الامر بالمعروف وليس للحاكم الشرعي الولاية في الاحكام .

واذا طلق العمة أو الخالة طلاقا رجعيا هل يجوز تزويج احدى البنتين أم لا فان كان الطلاق الرجعي ان تكون الزوجة داخلة في عنوان الزوجية حكما أو انها واقعا زوجة وسنشير إلى ذلك في الفصل الثاني من الطلاق والمهم انها اذا كانت زوجة واقعاً لم يجز تزويج بنت الاخ أو بنت الاخت ولا يجوز الا بالرضاء من قبلهما .

اما اذا طلقهما طلاقا خلعيا فيجوز التزويج منهما لان طلاق الخلع أوجب فرقة واقعية حتى لو رجعتا في البذل فان العقد باق .

الـزنـــا:

- عند اليهودية.
- عند المسيحية.
- عند الاسلام وقاعدة الحرام لا يحرم الحلال.
- الأحكام المختصة لليهود.
- نظرة الشريعة المسيحية للكنهوت.
- أحكام الاسلام عامة.

الزناء في الزوجة عند اليهود

يذكر في مجموعة ابن شمعون ان زنا الزوجة يكون سببا في تحريمها على كل من زوجها ويكلف بطلاقها ولا يمكنه ان يعاود الزواج منها بعد ذلك واليك النص في المادة /٨١/ انه اذا ثبت شرعا زنا المرأة حرمت على زوجها وكلف بطلاقها بلا حقوق وجاء في سفر اللاويين اصحاح ٢١ آية ٧ قوله امرأة زانية أو مدنسة لا يأخذوا وجاء في المادة ٣٨٥ ان المطلقة من زوجها لتهمة الزنا لا تجوز له بعد وجاء في المادة ٣٤٧ انه يكلف الرجل شرعا بطلاق امرأته ولو رزقت منه اذا كان هو السبب في طلاقها من غيره بزناة معها ولا يلزم بما لها من الحقوق .

ونشاهد الربانيين أكثر من ذلك ان مجرد اختلاء الزوجة بغير زوجها يوجب التحريم والزام الزوج بالطلاق راجع المادة ١٩٠ فاذا كان زوجها قد سبق ان نهاها عن هذا الشخص وانذرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه وقتا حرمت على زوجها ولا حق لها راجع المادة ١٨٨ .

بل ان للزوج ان يحلف زوجته على أن لا تكلم انسانا معينا والا سقطت حقوقها فاذا لم تمتثل كانت مخالفة شرعا وضاعت عليها حقوقها راجع المادة ١٩١ .

وبما جاء في سفر التثنية اصحاح ٢٣ آية ١٧ لا تكن زانية من بنات اسرائيل والقراؤون يتبعون نفس ذلك الحكم ويضيفون اليه في تحريم الخليلة

على من خاللها قبل الزواج اذا طلقت بعد ذلك ممن تزوجها[1] .

الزناء في الشريعة المسيحية

لو ارتكبت الزوجة الزنا فعند البروتستانت يعطون الفرصة للتوبة ويجدون ان هذا خير من حرمانهما من الزواج ولم تعتبر الزنا كمانع اساسي للزواج بل حتى القتل .

واما عند الارثوذكس فقد قررت كلا من الزنا والقتل كما نعين مستقلين من موانع الزواج ففي مجموعة ١٩٣٨ لم يرد نص في مانعية الزواج هو الزنا ولكن في مجموعة ١٩٥٥ فقد ورد في المادة ٢٧ من بعض التعديلات حين قضت بانه لا يجوز زواج من طلق لعلة الزنا الا بعد تصريح من الرئيس الديني الذي صدر الحكم في دائرته .

ولكن عند الاقباط تفكك في الزنا بين المرأة والرجل ففي المرأة يحسب مانعا مطلقا من الزواج سواء بشريكها في الاثم أو بغيره ولكن بشرط ان تكون مشهورة بالزنا أو قد طلقت بسببه[2] .

أما مجموعة ١٩٥٥ فلا تفرق بين الرجل والمرأة .

وورد في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٢٧ بانه لا يجوز زواج القاتل بزوج القتيل .

واما عند مذهب الكاثوليك فقد جاء في المادة ٦٥ من الارادة الرسولية انه لا يصح عقد الزواج بين هؤلاء :

١ ـ من اقترف مع صاحبه زناً فتواعدا كلاهما بالتزوج أو حاولا عقد الزواج نفسه باجراء مدني فقط وهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح .

(١) راجع شعار الخضر ص ٨٤ ـ ١٠١ ـ ١٠٤ .

(٢) ثروت الاسيوط ج ٣ ص ٣٧٨ ـ بند ٣٧٣ .

٢ ـ من اقترف مع صاحبه زناً وقتل احدهما زوجه بينما كلاهما مرتبط بذات الزواج الصحيح .

٣ ـ من تعاون مع صاحبه تعاونا طبعيا أو ادبيا فقتل الزوج وان لم يزن احدهما مع الآخر .

وجاء في المادة ٦٥ الحالة الأولى الزنا المقترن بالقواعد على الزواج أو محاولة عقده (م ٦٥ ـ ١) .

الحالة الثانية الزنا المقترن بقتل الزوج البريء (م ٦٥ ـ ٢) .

وجاء في القانون المدني الفرنسي في المادة ٢٩٨ ان الزنا يكون مانعا من الزواج سواء كان من طلق بسببه ام شريكه في الاثم الا انه جاء في قانون ١٥ ديسمبر ١٩٠٤ بحذف هذا المانع .

زنا الزوجة في الشريعة الاسلامية وقاعدة الحرام لا يحرم الحلال

الزنا الطارىء على الزواج عند الشريعة الاسلامية لا تعتبره مغيرا في اتجاه الزوجية للقاعدة المعروفة الحرام لا يغير الحلال كما هي واردة عن أهل البيت (ع) سواء كان الزنا على الزوجة ام كان من جانب المحرمات الاخرى كالزناء بام الزوجة أو أختها أم بابنتها كما ورد عن مصحح زرارة عن أبي جعفر (ع) أنه قال في رجل زنا بام امرأته أو بنتها أو باختها فقال (ع) لا يحرم ذلك عليه امرأته ثم قال ما حرم حرام حلالا قط[1] .

وورد في صحيح سعيد بن يسار قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل فجر بامرأة يتزوج ابنتها قال (ع) نعم يا سعيد ان الحرام لا يفسد الحلال[2] .

---

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢ .

وعن صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (ع) انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة ايتزوج بابنتها قال (ع) لا ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها أو اختها لم تحرم عليه امرأته ان الحرام لا يفسد الحلال[1] .

فالنظر إلى القاعدة هو عدم تأثير عارض الزناء على الحلال اذ بعد استقرار الزوجية لا اثر للحرام في تغيير اتجاه الحلال ولذا قال الامام لا يحرم ذلك عليه امرأته بمقتضى القاعدة التي اشار اليها وطبق الكبرى على الصغرى في المسألة بقوله (ع) ما حرم حرام حلالا قط .

وقال الشهيد الاول ولو زنت امرأته لم تحرم عليه على الاصح وان اصرت على الزنا وقال الشهيد الثاني في شرح عبارة الشهيد الاول للاصل والنص .

الا ان المفيد وسلار ذهبا إلى تحريمها مع الاصرار استنادا إلى فوات اعظم فوائد النكاح وهو التناسل معه لاختلاط النسب[2] الا ان القاعدة محكمة دون ما ذهبا اليه .

اما لو كانت زانية من غير كونها متزوجة فيجوز ان يتزوجها الزاني الا اذا كانت ذات بعل كما بينا فلا يجوز له ان يتزوجها بعد ذلك وورد في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال : ايما رجل فجر بامرأة ثم بداله ان يتزوجها حلالا فاذا اوله سفاح واخره نكاح فمثله كمثل النخلة اصاب الرجل من ثمرها ثم اشتراها فكانت له حلالا ولكن قد وردت رواية أبي بصير قال سألته عن رجل فجر بأمرأة ثم أراد بعد أن يتزوجها فقال اذا تابت حل له نكاحها قلت كيف يعرف توبتها قال يدعوها إلى ما كانت عليه من الحرام فان امتنعت واستغفرت ربها عرف توبتها ولو تم سندهما فالحمل فيهما على الكراهة .

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ .
(٢) اللمعة ج ٢ ص ٧٨ .

وقد جاء نص قرآني في حرمة الزوجة على زوجها اذا لاعنها والمراد بالملاعنة هي المباهلة بين الزوجين على مشاهدة الزوج بدخول اجنبي على زوجته وانه قد شاهد الميل في المكحلة وهو كناية عن الجماع فانه بعد اجراء عملية الملاعنة يرفع عنه حد القذف وينقطع عنه الصلة بينه وبين الولد .

كل ذلك عند الحاكم الشرعي ولا تثبت بحضورهما شخصيا من دون حاكم شرعي أو من نصبه الحاكم الشرعي فيشهد الرجل اربع مرات بالله انه لمن الصادقين فيما رماها به عندما يامر الحاكم الشرعي قل اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويتابع الحاكم الشرعي الملاعن وبعد الشهادات الاربع يقول ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين .

وتقابله الزوجة بمثل تلك الشهادات الاربع بانها تشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماها به وصياغة التعبير هي ان تقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وبعد اكمال اربع شهادات تقول ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين .

وعند الادلاء بالشهادة يكون الرجل قائما أو كلا الزوجين قائمين وان يقف الرجل على يمين الحاكم والمرأة على يمين الرجل والحاكم جالس امامهما امام القبلة استحبابا كما انه يستحب جلوس جماعة للاستماع وبمحل شريف .

الاحكام المختصة لليهود

تقع لليهود احكام خاصة في تحريم المرأة

١ ـ تحرم الشريعة اليهودية مطلقة الرجل من معاودة الزواج به ما دام انها قد تزوجت غيره بعد طلاقها منه والتعليل كما ورد في التوراة ان الزوجة التي تزوجت من غير زوجها السابق تتنجس فلا تصلح للعودة راجع سفر التثنية اصحاح ٢٤ آية ٤ .

هذا بالنظر إلى الدخول دون مجرد العقد[1] .

ولو اجتمعت المطلقة بالغير مجرد خلوة فيجوز لمطلقها الرجوع اليها راجع مجموعة ابن شمعون المادة ٢٨٣ .

٢ ـ اذا تكرر من المرأة الحيض ثلاث مرات في اثناء الجماع حرمت عليه ووجب عليه تطليقها .

كما ورد ذلك في المادة /١٥٥/ من مجموعة ابن شمعون انه اذا تكرر ثلاث مرات متواليات عقب الزواج ظهور دم الحيض في الزوجة حين اختلاء الرجل بها حرمت عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه الا ما دخلت به ولا يجوز عقده عليها ثانية .

٣ ـ لا يجوز للكهنة التزويج من غير العذارى والنظر إلى هذا التحريم لاجل تقديسهم فاذا تزوج الكاهن من غير العذارى اجبر على الطلاق وكان نسله ممن تزوجها خارجا عن الكهنوت راجع في ذلك مجموعة ابن شمعون من المادة /٤٦ ـ ٢٦٩/ .

نظرة الشريعة المسيحية للكهنوت

تنظر الشريعة المسيحية إلى رجال الكهنوت نظرة اكبار وتقديس وترى الكنيسة الكاثوليكية عدم تزويج الكهنة حتى يتفرغوا لخدمة الكنيسة فاذا خالف احدهم وقع زواجه باطلا كما ورد ذلك في المادة ٦٢ من الارادة الرسولية .

ولكن في شريعة الارثوذكس اذا تزوج لا يكون زواجه باطلا وانما تسقط مرتبته الكهنوتية[2] .

(١) ثروت الاسيوطي ج ١ ص ٢٣٣ .

(٢) موانع الزواج ـ الكهنوت الترهب الزنا القتل الخطف ج ٥ ص ٢٥ ـ ٤١ ـ البند ـ ٤٧٥ ـ ٤٩٨ .

اما نظرة الترهب فعند الكاثوليك اختيار طريق البتولية أو العفة الكاملة (الترهب) مانع من الزواج مع تفرقة بين الترهب العادي والترهب الرسمي أما الترهب العادي فهو المحرم الذي يقوم على النذر وهو العهد الذي يلتزمه بالبتولية على نفسه من دون اتباع مراسيم دينية خاصة وأما الترهب الرسمي فهو الذي يعبر عنه بالنذر الاحتفالي الذي تقومه الكنيسة وفي نظر الاقباط ان الترهب امر اختياري ويجوز العدول عنه متى شاء الا انه مكروه وفي نظر البروتستانت تنظر إلى رجال الكنيسة نظرة عادية ولا تعتبر الترهب من موانع الزواج .

احكام الاسلام عامة

عندما نشاهد روايات الزواج في الشريعة الاسلامية فانها احكام عامة لكافة المجتمع من غير نظر إلى الخصوصية الفردية فلا ينظر إلى رجال الدين نظرة خاصة يميزهم عن غيرهم لان احكام الدين الاسلامي جاءت بنحو القضايا الحقيقية وانما الناس سواسية في التكليف ولاارستقراطية في التكاليف بين فئة وفئة أخرى وانما الميزان لديه من قرب إلى التقوى والعمل الصالح .

وان امكن للفرد تحريم المواقعة الجنسية بالحلف بالله على ترك الوطء قبلا في فترة زمنية أو طيلة الحياة كما يعبر عنه في الفقه الامامي بالايلاء الا انه يمكن للفرد ان يقرر الحكم عليه شخصيا ويطبق القاعدة العامة عليه من باب انطباق الكبرى على الصغرى والايلاء يوجب في اطار النكاح الدائم دون الزواج المؤقت فان حلف على ترك الوطء ، كان يمينا وليس بايلاء ويكون موقف الايلاء في خصوص الزوجة دون جهة العنوان للمرأة الكلية .

ولكن الاسلام لم يضع حقها في المقاربة فان لها المرافعة عند الحاكم الشرعي عند الامتناع عن الوطء وينتظر الحاكم الشرعي إلى اربعة أشهر

وبعده يجبره على الوطء أو الطلاق وان امتنع عنهما ضيق عليه بالمطعم والمشرب والحبس حتى يقدم على احدهما كما جاء عن الامام علي (ع) كان يحبسه في حظيرة من قصب ويعطيه ربع قوته .

ومثل هذا الاجبار لا مانع منه لانه صادر عن وجود حق ولا يكون مخلًّا بالطلاق لو أجبره الحاكم الشرعي .

ولم تخرج الزوجة عن الزوجية بايلاء ولو رجع فعليه الكفارة كما هو الحال بالنسبة إلى الظهار وهذه المسائل موكولة إلى محلها .

العـــقـــد:

- في الشريعة اليهودية.
- في الشريعة المسيحية.
- في الاسلام.
- حقيقة العقد في النكاح.
- اجراء الصيغة بلغة غير عربية.
- اعتبار الماضوية في عقد النكاح.
- تقديم الايجاب على القبول.
- القبول بلفظ الأمر.
- ملكية المهر بنحو التزلزل أو الاستقرار.
- نصف المهر قبل الدخول في الطلاق.
- شرط الخيار في المهر.
- لها حق الامتناع قبل الدخول.
- جعل الحق مهراً.
- الجهاز.

العقد في الديانة اليهودية

تتم مراسيم الزواج بثلاثة اجراءات :

١ ـ التقديس .

٢ ـ كتابة العقد .

٣ ـ صلاة البركة .

كل ذلك نصت به المادة /٥٦/ من مجموعة ابن شمعون

ويرى القراؤون ان المهر من اركان العقد ويحرم الدخول بالمرأة قبل قبضها له .

اما صورة التقديس لكل من الربانيين والقرائين ولا تعتبر الزوجة زوجة بدونه كما جاء في المادة ٥٧ لابن شمعون لا تعد زوجة شرعا ويتم في مذهب الربانيين بان يقول الرجل للمرأة بالعبرية وبحضور شاهدين شرعيين تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا ان كان شيئاً آخر المادة /٥٦/ على ان يكون الشيء ملكاً للرجل والخاتم يلزم ان لا يكون بحجر ولا ثمينا ـ المادة /٥٨/ .

ويرى القراؤون انه لابد ان يحضر في مجلس التقديس عشرة رجال على الاقل كما ذكره شعار الخضر ص ٧٥ .

---

(١) احكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ط ٢ ـ ١٩٦٤ ص ٦٠٤ ـ ٦٠٧ للدكتور توفيق حسن فرج .

ويكون في ذلك المجلس بان يسلم الرجل المهر كله أو بعضه نقدا أو عينا إلى كبير الحاضرين وهو يسلمه إلى أبي البنت أو وكيلها أو اليها رأساً ولو انه غير مستحسن أو انه يلتزم به امامهم كل هذا حين يشهد على نفسه بعد التقديس في عبارات معينة[١] .

وتذكر مجموعة ابن شمعون المادة ٦١١ فالتقديس وحده لا يكفي فلا يحل للرجل الدخول على الزوجة قبل استكمال باقي اركان الزواج .

واما كتابة العقد فقد جاء في مجموعة ابن شمعون في المادة ٥٦ بان اقامة الرجل مع المرأة بغير كتابة عقد الزواج الشرعي ممنوع ولو كان هناك تقديس المادة ٦٦ وتطلق بالكلمة العبرية كتوباه ويتضمن العقد الكتبي على ذكر المهر وحقوق وواجبات الزواج الشرعية وما يشترط على بعضهما مما لا يخالف الاصول أو الشرع وما يكون اخذه الزوج من الزوجة وما يجب عليه لها من مؤجل الصداق ـ راجع المادة لابن شمعون /٦٧/[٢] .

واما صلاة البركة كما ورد بانه يبقى حتى يحل للرجل الدخول بالمرأة شرعا ان تتم الصلاة الدينية وهي صلاة البركة بحضرة عشرة رجال على الاقل راجع المادة ٥٦ ـ ٦١ من مجموعة ابن شمعون[٣] .

العقد في الشريعة المسيحية

يقع عقد الزواج في الكنيسة على رجل الدين المختص عند حضور الطرفين أو وكيلهما وبحضور الاولياء اذا لزم الامر وحتى تتحقق العلانية لهذا الزواج يتعين ان تتم اجراءاته امام الشهود وورد في مذهب الكاثوليك المادة

---

(١) شعار الخضر ص ٧٥ .
(٢) شعار الخضر ص ١٠٨ ـ ١٠٩ .
(٣) شعار الخضر ص ١٠٧ ـ ١٠٨ .

٨٤ من الارادة الرسولية حضور شاهدين على الاقل ولم يرد نص في مذهب البروتستانت الا في مقام الخطبة فعلى مذهب القياس يمكن اثباته في الزواج أيضاً .

وجاء في المادة ٣٢ من مجموعة ١٩٥٥ الالتزام بحضور الشهود وجاءت المادة بلفظ الجمع وقبل الزواج لابد من معرفة استقرار الزواج على الرضاء من قبل الطرفين وعدم وجود المانع وبعد ذلك تتم مراسيم الزواج من اجراء طقوس خاصة تتضمن عادة الصلاة والتبريك ولم تلحظ لها تحديدا من قبل الشرائع والمذاهب وبهذا المضمون ورد في المادة ١٤ من مجموعة الاقباط الارثوذكس (١٩٥٥) بان الزواج سر مقدس يتم بصلاة الاكليل على يد كاهن طبقاً لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية .

وبعد تمامية المراسيم الدينية للزواج يقوم رجل الدين بكتابة العقد ويجب أن يشتمل على بيانات معينة ويقيدها في سجلات خاصة كما جاء في المادة ٣٢ من مجموعة الارثوذكس (١٩٥٥) .

العقد في نظر الشريعة الاسلامية

قبل تناولنا لحقيقة العقد نستعرض مسألة الاشهاد على الزواج بحسب المذاهب الاسلامية .

فقد ذهب أبو حنيفة والشافعي في قول له واحمد في أحد قوليه إلى وجوب الاشهاد في النكاح[1] .

وقال ابن رشد واختلفوا في ان الشهادة هل هي شرط تمام يؤمر به عند

---

(١) المغني ج ٦ ص ٤٨٨ ـ وبداية المجتهد ج ٢ ص ١٧ وتذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٥٧١ .

الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الانكار فمن قال حكم شرعي قال هي شرط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام(١) .

ويرى ابو حنيفة عدم اشتراط العدالة في الشهادة ولا شرط في الذكورية وجوز انعقاد النكاح بشهادة فاسقين أو شهادة امرأتين ولم يشترط البصر في الشاهد ولكن أئمة بعض المذاهب الاخرى تشترط البصر لان العمى لا يمكنه التمييز الا ان الغالب لدى الاحناف يختارون جواز النكاح بحضور الاعمى وكفاية شهادته(٢) .

وقال الدردير من علماء المالكية بان الاشهاد ليس شرطا في صحة العقد عندنا بل واجب مستقل مخافة ان كل اثنين اجتمعا في خلوة على فساد يدعيان سبق عقد بلا اشهاد فيؤدي لرفع حد الزنا(٣) .

ومدرك القائل بوجوب الاشهاد :

١ ـ الكتاب يستفاد ذلك لدخول النكاح تحت عنوان العقود وقد امر الكتاب بالاشهاد عليها والنكاح من جملة العقود ذات الاثر الكبير في حياة الاسرة فيكون اولى من بقية العقود فيعتبر فيه الشهادة من باب الشرط في صحة العقد(٤) .

٢ ـ السنة كما روي عن عائشة عن الرسول (ص) برواية ابن حيان والدارقطني وابن حزم لا نكاح الابولي وشاهدي عدل(٥) ولابد في النكاح من

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧ .
(٢) فتح القدير ج ٢ ص ٣٥٤ وبدائع الضائع ج ٢ ص ٢٥٥ والمبسوط ج ٥ ص ٣١ .
(٣) حاشية الدسوقي ج ٢ ص ١٩٩ .
(٤) النكاح والقضايا المتعلقة به : ١٨٥ .
(٥) مغني المحتاج ج ٣ ص ١٤٤ .

اربعة : الولي والزوج والشاهدان[1] .

وورد ايما امرأة نكحت بغير اذن وليها وشاهدي عدل فنكاحها باطل[2] .

وعن ابن عباس ان النبي (ص) قال كل نكاح لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدان[3] .

وعن عمران بن حصين لا نكاح الابولي رشيد وشاهدي عدل[4] .

اما اراء الامامية في الاشهاد فيرونه امرا مستحبا وليس شرطا في صحة العقد[5] .

ويرى احمد بن حنبل ومالك وابن أبي ليلى وعثمان البتي بعدم اشتراط الشهادة وانما يكتفي بالاعلان[6] وقال ابو ثور ليس الشهود من شرط النكاح لا شرط صحة ولا شرط تمام[7] .

وقال ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر وقد اعتق النبي (ص) صفية ابنة حي فتزوجها بغير شهود[8] .

وعندما نلاحظ الايات نجدها مطلقة فاما قوله سبحانه فانكحوا ما طاب لكم من النساء ـ النساء ٣ .

---

(١) المغني ج ٦ ص ٤٨٣ .
(٢) المحلى ج ٩ / ٥٦٥ .
(٣) المبسوط ج ٥/٣١ .
(٤) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٥٧١ .
(٥) تذكرة الفقهاء ج ٢ ص ٥٧١ .
(٦) المبسوط ج ٥ ص ٣١ .
(٧) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٧ .
(٨) المغني ج ٦ ص ٤٨٣ .

وقوله تعالى : وانكحوا الايامي منكم والصالحين من عبادكم ـ النور ٣٢ .

وقوله تعالى ﴿ولاجناح عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن﴾ الممتحنه ١٠ فكل هذه الايات لم نجدها قد اشترطت الاشهاد مع ان النكاح مما يترتب عليه الانساب والتوارث ومع ذلك كله لم يشترط فيه كما انه روي عن سهل بن سعد الساعدي ان امرأة اتت النبي (ص) وقالت يا رسول الله اني وهبت لك نفسي وقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله (ص) هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري هذا فقال ان اعطيتها ازارك جلست بلا ازار التمس ولو خاتما من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا ـ سور سماها ـ فقال له رسول الله (ص) زوجتك بما معك من القرآن[1] .

وروي ان جحش بن رباب من بني اسد خطب إلى رسول الله آمنة بنت عبد المطلب فزوجه اياها ولم يشهد[2] .

ومن هاتين الروايتين لم نر الرسول قد اشترط حضور جماعة على الاشهاد ولو كان ثابتا الامر باحضار الشهود حين العقد .

كما جاء عن محمد بن مسلم بن بشير عن أبي جعفر (ع) قال بعد ان سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يشهد اما فيما بينه وبين الله عز وجل فليس عليه شيء[3] .

---

(١) الخلاف ج ٢ ص ١٤٥ .
(٢) الخلاف ج ٢ ص ١٤٥ .
(٣) الحدائق الناظرة ج ٢٣ كتاب النكاح .

وصحيحة حفص بن البحتري عن الامام أبي عبد الله الصادق (ع) في الرجل يتزوج بغير بينة قال لابأس.

وفي رواية محمد بن الفضل ان الإمام الكاظم (ع) قال لابي يوسف ان الله تبارك وتعالى امر في كتابه بالطلاق ووكد فيه بشاهدين ولم يرض بها الا بعدلين وامر في كتابه بالتزويج فاهمله بلا شهود فاتيتم شاهدين فيما اهمل وابطلتم الشاهدين فيما اكد ولكن بملاحظة الروايات القائلة بالاشهاد وكما جاء في باب ٤ من أبواب الشهادات حديث ٣٥ يفيد الحمل على الاستحباب .

حقيقة العقد في النكاح

قام الاجماع من جميع الفرق الاسلامية على العقد في النكاح ولابد من اجراء صيغة خاصة تقع من طرف الموجب والقابل .

قال صاحب الحدائق اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الايجاب والقبول[١] قال الشهيد الثاني عند عبارة الشهيد الاول العقد فالايجاب زوجتك وأنكحتك ومتعتك لاغير قال في شرح عبارته أم الاولان فموضع وفاق وقد ورد بها القرآن في قوله تعالى زوجناكها ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء واما الاخير فاكتفى به المصنف وجماعة لانه من الفاظ النكاح لكونه حقيقة في المنقطع وان توقف معه على الاجل[٢] .

ويبدو ومن خلال الاراء ان الصيغة في النكاح اجماعية ولا يكفي المعاطاة في النكاح والا فالقاعدة يمكن ان يقع النكاح معاطاتياً لان العقود كما تقع بالانشاء اللفظي تقع بالانشاء الفعلي وهو من مصاديق العقود .

(١) الوسائل باب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ ـ ٤ .
(٢) اللمعة ج ٢ ص ٥٦ .

والنكاح الفعلي لم يكن مشمولا للسفاح كما يتوهمه البعض لان السفاح اقدام على التقارب الجنسي من غير لحاظ العلاقة الزوجية وانما قصدهما افراغ الشهوة مجردا اما النكاح المعاطاتي كان اقدامهما بعنوان ايجاد العلاقة والارتباط بين الزوجين وقد قررناه في كتابنا البيع المقارن ان العقود صالحة للانشاء القولي والفعلي واما النكاح فخروجه عن القاعدة للاجماع بإيجاد الصيغة ولا يكفي الانشاء الفعلي فالايجاب بلفظ زوجتك وانكحتك اما لفظ متعتك فقال في التذكرة والمختلف وكشف اللثام لا يكفي بهذا اللفظ وعليه أكثر العلماء من الامامية وفي الطبريات الاجماع على عدم الاكتفاء بلفظ متعتك .

وخالف في ذلك جماعة اخرى واكتفت بلفظ متعتك كما في الشرائع والمختصر النافع والقواعد والارشاد الا ان الذي نعتقده ان متعتك متعلقة بمعنى واحد لان الزمان ليس دخيلا في حقيقة الزوجية فيكون من باب الاشتراك المعنوي وليس كلمة متعتك موضوعة للمنقطع ومجاز في الدائم كما اختاره في المسالك فاذا جاء الايجاب بلفظ متعتك احتاج إلى قرينة تعين أحد المعنين اما من حيث الدوام أو تعيين الاجل وانما حقيقة فيهما معاً .

اجراء الصيغة بلغة غير عربية

اذا جاء الشخص العاقد بالصيغة بلغة أجنبية عن اللغة العربية كالتركية أو الرومية أو الفارسية وغيرها من سائر اللغات فهل يكفي في صحة العقد أو لابد من اشتراطها عربية قال في التذكرة فلو تلفظ باحد اللفظين بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكنه ومعرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا وهو قول الشافعي واحمد[1] .

وفي الجواهر بانه مقتضى الاصل الذي لا يعارضه الاطلاق لانصرافه

---

(١) التذكرة .

إلى المتعارف[1] وجاء في كشف اللثام بانه مقتضى الاصل والاحتياط في الفروج .

وقال الشهيد الاول في اللمعة ولا يجوز بغير العربية مع القدرة عليها وذكر الشهيد الثاني في شرح عبارته لان ذلك هو المعهود من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمة بل أولى .

وقيل ان ذلك مستحب لا واجب لان غير العربية من اللغات من قبيل المترادف يصح ان يقام مقامه ولان الغرض ايصال المعاني المقصودة إلى فهم المتعاقدين فيتأدى باي لفظ اتفق .

وذكر انه يعتبر العقد بالعربية الصحيحة فلا ينعقد بالملحون والمحرف مع القدرة على الصحيح العقد والذي نتامله من مجموع الاراء ان الخطابات القرآنية مطلقة ومقتضى ذلك يمكن اجراء العقد باللغات الاخرى غير العربية ولا مجال للاصل مع وجود الاطلاق لحكومته عليه ولا مجال للتمسك بالانصراف إلى اللغة العربية لان التعارف في محيط اللغة العربية لا ينفي في سائر اللغات الآخرى .

وعلى هذا يمكن اجراء الصيغة بكل لغة كانت مما يؤدي مؤدى اللغة العربية اما اذا ثبت ان الفاظ انكحت أو زوجت أو متعت توقيفية فيشكل الحكم على سائر اللغات غير العربية بما يؤدي مؤداها في تلك اللغات الآخرى أو وجود اجماع كما هو الظاهر ويترتب على ذلك اثار الصحة والفساد بنحو الطريقية أو السببية في الامارات وذكرنا في محله ان الامارات بنحو الطريقية للواقع دون السببية والموضوعية .

---

(١) الجواهر .

اعتبار الماضوية في عقد النكاح

ذهب اكثر العلماء من المتاخرين على اعتبار الماضي في عقد النكاح كما ذكره في المسالك أيضاً واستدل له بان الماضي دال على صريح الانشاء المطلوب في العقود بخلاف صيغة المضارع والامر فانهما ليسا موضوعين للانشاء ولاحتمال الاول الوعد وللزوم الاقتصار على المتيقن وغير الماضي مشكوك .

وذهب ابن أبي عقيل والمحقق إلى عدم اشتراط الماضوية .

وذهب في العروة بكفاية الصيغة في المستقبل أو بالجملة الخبرية كأن يقول ازوجك أو انا مزوجك فلانة[١] .

وذهب الشهيدان إلى أن الصيغة توجد بلفظ المضي فلا يكفي قوله اتزوجك بلفظ المستقبل منشأ على الاقوى وقوفا على موضع اليقين[٢] .

والذي يلوح لدينا انه يكفي اجراء الصيغة بالماضي أو المضارع أو الامر مع وجود الاطلاق على ذلك هذا مع ما ورد في صحة العقد المنقطع بالمستقبل بقوله اتزوجك متعة على كتاب الله كما ورد في رواية ابان بن تغلب اتزوجك متعة فاذا قالت نعم فهي امرأتك وخبر هشام بن سالم قال قلت كيف اتزوج المتعة قال تقول يا أمة الله اتزوجك بكذا وكذا درهما فكان أيضاً بلفظ المضارع .

وكذا في خبر ابن أبي بصير عن ثعلبة قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحا غير سفاح على أن ترثيني ولا ارثك كذا وكذا يوما بكذا درهما وعلى أن عليك العدة فكان التعبير بالمستقبل وهو قوله (ع) اتزوجك متعة .

(١) العروة الوثقى للفقيه اليزدي .
(٢) اللمعة ص ٥٦ ـ ٥٧ ج ٢ .

وان كان الشهيد الثاني قد خالف في رواية ابان وقال بعدم صراحتها في المدعى مع مخالفته للقواعد ولكن ذكرنا ان الزواج المنقطع والدائم من مقولة واحدة وطول الزمان وقصره لا يغير في حقيقة الزوجية وحيث ورد بالمستقبل فيصح الحكم في الجميع لان كلمة زوجت وانكحت ومتعت كلها تؤدي معنى الايجاب .

والتمسك بالقدر المتيقن حيث لا دليل على غيره لكونه مشكوكا فيه بينما الاستقبال والجمل الخبرية قد ثبت فيها الاطلاق مضافا إلى رواية ابان بن تغلب .

تقديم الايجاب على القبول

اتبع المشهور من علماء الامامية تقديم الايجاب على القبول ولا يختص البحث في اطار النكاح وانما هي مسألة عامة سارية حتى في البيع وسائر العقود .

ولذا تحرر في مسألة البيع ونشير اليها اجمالا حتى تجد ان تقديم الايجاب لا ينحصر في نقطة النكاح .

تعرض الشيخ الانصاري في مكاسبه بقوله ان القبول الذي هو احد ركني المعاوضة فان كان غرضه بلحاظ المطاوعة من لفظ قبلت ورضيت دون اشتريت فلا بد من التاخر عن الايجاب عقلا .

وبهذا توجه عليه صاحب الكفاية في حاشيته بالرد قائلاً ان القبول المتقوم به العقد ان وجب تضمنه للمطاوعة مفهوما كما في قبلت أو مصداقا بان يقع موقع المطاوعة فالتقديم محال مطلقا اذ لا فرق في استحالة تقدم المطاوعة بين ان يكون مدلولا مطابقيا للفظ أو مدلولا التزاميا فان اللازم

المحال يمنع عن تقديم ما لابد من ملازمته له وان لم يجب تضمنه للمطاوعة بل يكفي مجرد الرضا بالايجاب .

وعلى الجملة ان كان القبول بمعنى الرضاء بالايجاب فعلى هذا لا يفرق الحال فيه بين كونه متقدما أو متأخراً وان كان بمعنى المطاوعة فلا بد من تأخر القبول على الايجاب أو يكون نظر الشيخ الانصاري غير ما احتمله صاحب الكفاية وانما غرضه ان المشتري ناقل لماله كالبائع وعلى هذا يتحقق امران في القبول الاول الرضاء بالايجاب الثاني نقل ماله بالالتزام في الحال فيكون النقل بفعل الموجب والانشاء بفعل القابل فيكون المعنى اذا قلت اشتريت الجارية بالف يتضمن أظهار الرضاء بفعل الموجب بمدلول الصيغة وهو انشاء ملكية الجارية لنفسه ويتضمن نقل ماله في الفعل بنظره وهو الف الذي هو متعلق انشائه فيكون بالالتزام ناقلا لماله في الحال واما قبلت ورضيت فليس فيهما الا الرضاء بالايجاب وليس فيهما نقل ماله في الحال بل مقتضى رضاه بانشاء البائع المجعول ماله عوضا فيه رضاه بنقل ماله عند الايجاب كنفس رضاه بنقل البائع مال نفسه لا النقل في الحال[1] .

هذه لمحات تذكر في البيع اما بالنسبة إلى دور القبول وتاخره عن الايجاب في النكاح وان كان المشهور من علماء الامامية ذهبوا إلى تقديم الايجاب على القبول ولكن وردت بعض الروايات في المتعة ما ظاهرها تقديم القبول على الايجاب كما ورد في قوله : اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك[2] فإن كان من باب الايجاب ممن وظيفته القبول كما يقال في البيع أيضاً اشتريت متاعك بمائة دينار فيقول قبلت فيكون خارجا عن الموضوع وبهذا ذهب الشرائع وقال لا يشترط تقديم الايجاب أي على القبول بل لو قال تزوجت فقال الولي زوجتك صح .

(١) حاشية المكاسب الاصفهاني ص ٦٩ ج ١ .

(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ١ .

وهذا يعطي عدم الالتزام بتقديم الايجاب على القبول وليس من باب الشرطية في تقديمه على القبول حتى اذا تخلف الشرط أوجب تخلفه عن المشروط .

اما رأي صاحب المسالك بان القبول عبارة عن الرضاء بالايجاب وعلى هذا لابد من تقديم الايجاب لان محل الرضاء يقع متاخرا رتبة عن الايجاب .

والذي يخطر في الذهن ان القبول ان كان موضوعيته التاخير الزماني عن الايجاب وان لفظ قبلت منحصر بهذا اللفظ الخاص فلابد اذا من عدم تقديم قبلت على الايجاب وتاخره عنه وانه لا يصح اتيان القبول بغير لفظه الخاص كزوجت وانكحت أو اشتريت في البيع ونحوها في سائر العقود أيضاً .

واما اذا كان مفهوم القبول غير محدد في نطاق المضى وانما وعاؤه عام للمضي والاستقبال حيث صفحته تناط بالامر اللحاظي وعالم التصور الذهني بخلاف ما لو اريد به بالحمل الشائع الصناعي وان القبول بلحاظ ما يقابل الايجاب من حيث الجهة العقدية فانه يقتضي تقديم الايجاب على القبول ولا يصح ان يقع القبول في صفحة الاستقبال وما ادعاه الشيخ في المبسوط بالاجماع على تقديم القبول على الايجاب في النكاح بان يقول الزوج زوجنيها فيقول الولي زوجتكها الا انه اتضح لديك انه لا معنى للاجماع مع وجود الاختلاف .

واما اتيان القبول بلفظ التزويج والنكاح أو الاشتراء كما في البيع فالظاهر انه لا ينحصر بذلك الاطار الخاص من لفظ قبلت فاذا تقدم القبول بتلك الالفاظ كان من نوع الايجاب ممن وظيفته القبول .

وهناك نقطة لا باس ان نلفت نظرك حولها وهي ان الايجاب هل هو خاص في جانب الزوجة أو يمكن ان يقع الايجاب في جانب الزوج أيضاً وليس الايجاب موضوعاً للزوجة أو العكس .

فتارة يمكن توجيه الايجاب لطرف المرأة بلحاظ كونها تابعة والزوج متبوعاً كما ذكره في المستمسك[1] ومقتضى التابعية ان يتحقق الايجاب من جانبها دون طرف الزوج فلا يقول الرجل للمرأة زوجتك نفسي ولكن تعارف ان تقول المرأة ذلك .

واخرى ان الايجاب لما كان من طرفها لانها صاحبة البضع وهي البائعة له فيكون الايجاب من طرف البائع دون المشتري .

وان كان الظاهر من الادلة عدم اختصاص الايجاب من طرف الزوجة والقبول من طرف الزوج كما ورد في قوله تعالى ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ النساء /٢٢/ وقوله تعالى ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ البقرة /٢٣٠/. وان كان التعبير جاء بمادة النكاح الا انه يمكن ان يقع بسائر الالفاظ الاخرى أيضاً لانها تعطي معنى التقارب والايجاب في الجميع .

القبول بلفظ الامر

وردت نصوص روائية اتيان القبول بلفظ الامر كما ورد ذلك من الطريقين العامة والخاصة لخبر سهل الساعدي ان امرأة اتت رسول الله (ص) فقالت يا رسول الله وهبت نفسي لك وقامت قياما طويلاً فقام رجل وقال يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك فيها حاجة فقال رسول الله (ص) هل عندك من شيء تصدقها اياه فقال ما عندي الا ازاري هذا فقال رسول الله (ص) ان اعطيتها ازارك جلست لا ازارلك اجلس التمس ولو خاتما من حديد فلم يجد شيئاً فقال رسول الله (ص) هل معك من القرآن شيء قال نعم سورة كذا وسورة كذا السور سماها فقال رسول الله (ص) زوجتك بما معك من القرآن[2] .

---

(١) المستمسك ج ١٤ ص ٣٧١ ـ ٣٧٢ .
(٢) المستدرك باب ١ من أبواب عقد النكاح حديث ٤ .

وجاءت هذه الرواية بطريق الكافي والتهذيب ولكن لا بهذه الصياغة المروية عن صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال جاءت امرأة إلى النبي (ص) فقالت زوجني فقال رسول الله (ص) من لهذه فقام رجل فقال انا يا رسول الله زوجنيها فقال : ما تعطيها فقال : مالي شيءٌ قال (ص) لا فعادت فعاد رسول الله (ص) الكلام فلم يقم احد غير الرجل ثم اعادت فقال رسول (ص) في المرة الثالثة اتحسن من القرآن شيئاً قال نعم قال قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه[1] .

واما الملاحظة في الرواية التعبير القبولي قد جاء بلفظ الامر وهو قوله زوجنيها ويمكن تصوير هذه الرواية على ثلاثة انحاء .

١ ـ قد وقع فعل النبي (ص) الايجاب والقبول معا .

٢ ـ ان التعبير جاء بلفظ الامر .

٣ ـ عدم القبول يكفي ام لابد من تحقق القبول بعد الايجاب .

اما بالنظر إلى فعل النبي (ص) فقال الشهيد في شرح الارشاد تنزيل الرواية على ان الواقع من النبي (ص) قام مقام الايجاب والقبول لثبوت الولاية المستفادة من قوله تعالى ﴿النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم﴾ الاحزاب /٦/ فيكون ذلك من خواصه .

اما عنوان الاختصاص اذا لم يكن بنحو التوكيل لانه في صورة التوكيل يمكن ان يقع الفرد موجبا وقابلا لفردين من حيث تعدد الاضافة .

أو يكون أختصاص الولاية له (ص) على المؤمنين على الفروج التي ذكرنا في ولاية اهل البيت (ع) ولا حاجة لعرضها مرة أخرى .

واما التعبير الذي جاء بلفظ زوجنيها فقد أتضح من تحريرنا ان القبول سواء كان بلفظ الماضي أم المستقبل أم الحاضر كلها في مؤدى واحد اذا كان

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب المهر حديث ١ .

الملحوظ فيه جهة المفهوم وان اريد به الحمل الشائع وان النظر فيه إلى جهة العقدية من تقابل الايجاب مع القبول فلابد ان يكون بلفظ الماضي وأما التعبير منه بلفظ الامر في قول زوجنيها يراد من اللفظ ايجاد الطبيعة المفهومية ولم يظهر القبول بما يقابل الايجاب من حيث الجهة العقدية وانما كان غرضه الجهة المفهومية من القبول فكان رسول الله (ص) من باب الولاية اجرى العقد من غير قبول من طرف الزوج أو من باب التوكيل .

واما الثالث فقد جاء فيما لو زوج السيد عبده فانه ذكر كفاية إيجاب المولى فقط من دون اعتبار قبول العبد .

وبهذا المورد يمكن أن يكون الرجل عندما طلب من رسول الله (ص) تزويجها منه اكتفى رسول الله (ص) بذلك الايجاب عن اظهار القبول بنحو التعبد الا انه لا دليل عليه .

واحتمال رابع ان الرجل عندما طلب من رسول الله التزويج جعله وكيلا وماذوناً منه في التزويج من غير ان تجعل التصرف من قبله (ص) بنحو الولاية كما هو الظاهر من الرواية .

عقد الاخرس وايجابه وقبوله

يأتي موضوع البحث في جهتين الاولى في صحة العقد منه عملا وعدمه والثانية كفاية الايجاب والقبول بالاشارة وعدمها .

أما الجهة الأولى : ان اجراء العقد لابد أن يكون اللفظ مبيناً لتلك العلاقة الحاصلة بين الزوجين والاخرس لما كان فاقدا لاظهار تلك الطاقة البيانية فالاشارة أو الفعل الذي يحكي عن اثبات تلك العلقة الزوجية مع امكان الحصول على الوكيل أو مع حصوله فبناءً على النكاح المعاطاتي يصح منه ذلك عند الاتصال الجنسي حين ذاك يكون فيه اثبات العلاقة الزوجية

واما بناءً على عدمه لوجود الاجماع على عدم النكاح الا بالقول دون الفعل فلا يصح منه العقد الفعلي ولم تكن ادلة خاصة في صحة عقد الاخرس بنحو المعاطاة والاشارة منه لم تكن منه بنحو المعاطاة وانما بنحو الكاشفية للالفاظ .

واما الجهة الثانية : فهي مستقاة من الجهة الاولى وانه كما بيناه انه قد ورد في صحيح البزنطي عن الرضا (ع) في الاخرس الذي لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها قال (ع) بالذي يعرف به من افعاله[1] وأيضاً ورد في قراءته في الصلاة وتلبيته في الحج[2] .

ولكن الحكم جاء في خصوص الطلاق والصلاة والحج وسريانها إلى النكاح بواسطة عموم المناط وهو مشكل مع كون الاجماع قد قام على التلفظ في العقد كما ذكره جامع المقاصد كأنه لاخلاف في ذلك وفي كشف اللثام وهو مما قطع به الاصحاب وقد يكون السبب في ذلك أما للضرورة واصالة عدم التوكيل .

اتيان الايجاب والقبول بالكتابة

عند الامامية ان مجيء الايجاب والقبول في الكتابة غير كاف ما لم يؤت بهما في اطار الالفاظ .

ويمكن ان يحوّر البحث إلى أن النظر إلى الالفاظ والكتابة ان كان بما لها من نوع الحكاية والطريقية لمدلول الايجاب والقبول فتكون الالفاظ والكتابة في صراط واحد من حيث الطريقية وان كان النظر إلى كون الايجاب والقبول أخذ اللفظ فيهما بنحو الموضوعية فلا يصح اتيان الكتابة عندئذ والادلة كانت

---

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٥٩ من أبواب القراءة في الصلاة .

ناظرة إلى جهة الموضوعية والسببية فيهما دون الطريقية .

وورد في جامع المقاصد انه لا ريب عندنا في ان الكتابة لا تكفي في ايقاع عقد النكاح وقد علل وجه عدم صحة العقد في الكتابة لانها من الكنايات ولا يقع النكاح بالكنايات وناقشه السيد الحكيم في مستمسكه بقوله فان الكتابة ليست من الكناية في شيء ولا مانع من الكناية اذا كانت واضحة الدلالة[1] .

ولكن لدينا ملاحظة في ذلك حيث انه على فرض قيام الاجماع على العقد اللفظي فلا مجال للكناية حتى ولو كانت واضحة الدلالة لان الميزان في العقد اللفظي اخذ بنحو الموضوعية والسببية دون الطريقية وتصح الكتابة في فرض الطريقية دون الموضوعية .

الموالاة بين الايجاب والقبول

لابد ان يتحقق الارتباط بين الايجاب والقبول وان لا يكون بينهما فاصلة .

والميزان في الاتصال بحسب العرف دون ملاحظة الدقة العقلية فالهيئة الاتصالية تعتبر عند العرف فقد تكون فاصلة كثيرة ولكن قد اعتبرها العرف من موارد الاتصال كما لو كانت الزوجة غير راغبة في التزويج ونصحها الولي أو الوكيل وعرض لها مصالح التزويج فقبلت بعد فترة طويلة فيرى العرف انه من نوع الاتصال وقد يكون بنفس ذلك الوقت ويعتبره من الفاصلة الطويلة المخلة بالموالاة والمطابقة تابعة لاعتبار العرف وليس لها اصالة بحسب ذاتها كما اختاره في المستمسك من اعتبار المطابقة[2] .

---

(١) المستمسك ج ١٤ ص ٣٧٦ .
(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٣٧٩ .

الحضور في المجلس

ذهب العلامة في القواعد وجامع المقاصد من اشتراط اتحاد المجلس في الايجاب والقبول فلو كان القابل غير حاضر في المجلس وقال الموجب زوجت فلانا من فلانة واخبر القابل وقبل لا يصح العقد لعدم الفورية بين الايجاب والقبول .

وقال الجواهر لا دليل على اعتبار اتحاد المجلس فيه وفي غيره من العقود وقد بينا ان المناط هو ملاحظة العرف فسواء أكانت جهة الفورية مرعية أم لا .

واما اتحاد المجلس فليس له مدخلية في الحقيقة العقدية وانما هو من ملازماتها على فرض الدليل .

وان كان الحق عدم وجود دليل مثبت للاتحاد المجلسي كما ذهب اليه صاحب الجواهر .

اللحن في الصيغة

اذا وردت الصيغة ملحنة فان كان الالحان مغيرا للمعنى فلا يصح العقد واما اذا كانت الصيغة الملحنة غير مغيرة المعنى فيصح العقد واما بناءً على توقيفية هذه الالفاظ فاذا قال جوزتك مكان زوجتك لا يصح العقد .

كما لا يشترط في مجرى العقد ان يكون عارفا بموازين النحو وكيفية التصريف ومعرفة الفاعل عن المفعول وانما يكفي في حقه بان معرفته تكون الصيغة مفيدة للعلاقة الزوجية .

يشترط في العاقد البلوغ والعقل

ان اعتبار البلوغ والعقل في جانب العاقد أما لجهة حديث رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم[1] بناءً على شموله للحكم التكليفي والوضعي وان كنا لا نلتزم به لاستلزامه تخصصية الاكثر أو الاشتراك وليس لسان الحديث متجهاً إلى رفع المؤاخذة لان الرفع التشريعي لا يتحقق الا في صورة الوضع التشريعي والاستحقاق امر عقلي لا يتعلق به الرفع حتى فعلية التكليف لانها من الامور الخارجية وانما المرفوع في حق الصبي ليس مطلق ما يجري عليه القلم ولو كان الحكم استحبابا أو كراهة وانما المرفوع في حقة الحكم الالزامي خاصة واما في الاحكام الوضعية فلا يشملها الحديث لانها امور واقعية ليست تحت الجعل والرفع .

وعلى الجملة ان البحث يمكن تصويره إلى اتجاهين:

١ ـ في ناحية تصرف الصبي من الوجهة المالية .

٢ ـ اعتبار انشائه للعقد وعدمه .

اما من الوجهة المالية فمن ذهب إلى المنع استدل بحديث رفع القلم والامر كما اوضحناه واستدل أيضاً بخبر حمزة بن حمران عن أبي جعفر (ع) في حديث انه قال: الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع إليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع قال والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج عن اليتم حتى يبلغ عشر سنين أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك[2] .

ولكن المنع لعله كان من جهة استقلاله في التصرف واما لو كان بمعونة الولي واجازته صح تصرفه .

---

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات حديث ١١ .

(٢) الوسائل باب ٤ من أبواب مقدمات العبادات حديث ٢ .

هذا مع ان الملاحظة من الآية بقوله ﴿وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم﴾ النساء /٦/ .

والظاهرة القرآنية فيها ان دور الابتلاء والاختبار يمكن ان يقع من الصبي اذا أحس منه الولي التصرف العقلائي أو يعطيه بعض الأموال للاختبار وكيفية تصرفه في القضايا الاقتصادية وهذا مما يساعد على جواز تصرف الصبي في الاموال .

كما يستفاد من رواية السكوني في قوله (ع) ونهى - أي رسول الله (ص) - عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فانه ان لم يجد سرق[1] .

ومفادها اذا احسن صناعة اليد جاز له التصرف والتكسب في الشئون الاقتصادية التي هي طريق الكمال .

واما انشاء عقده فذهب جماعة من الامامية إلى أن الصبي مسلوب العبارة وانما هو نظير الحيوانات العجماوية وانما ينشيء مجرد حركات لا عن قصد وارادة وان كنا لا نوافق هذه النظرية .

وبنى جماعة النزاع هنا على ان العقد المقيد بالصباوة غير معتبر أو ان العقد لا يعتبر لانه صدر عن صبي .

فالجهة على الاول تقييدية وعلى الثاني تعليلية فاذا انضم اليه اجازة الولي كان من الجهة التقييدية ويصح عقده وان كان لجهة كونه صبياً فالجهة تعليلية فلا يصح منه العقد والذي يبدو لدينا هو الوجه الثاني .

واما اذا كان العاقد الصبي لا لنفسه وانما كان بنحو التوكيل فيصح منه

(١) الوسائل باب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ١ .

اجراء العقد لانه جاء بنحو القصد والارادة في أبراز العقد بذلك القالب الخاص .

واما بالنسبة للجنون فلا يصح منه العقد لعدم القصد والارادة واما اذا كان الجنون ادواريا ففي وقت الجنون لا يصح منه العقد وفي مرحلة الافاقة والرشد يصح منه العقد لانه وقع عن قصد وارادة في المدلول وكذا لو كان العاقد سكرانا لعدم القصد كما عليه مشهور علماء الامامية الا انه قد روى في صحيحة ابن بزيع عن أبي الحسن (ع) عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلا في سكرها ثم افاقت فانكرت ذلك ثم ظنت انه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج احلال هو لها ام التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها فقال (ع) اذا اقامت بعد ما افاقت فهو رضا منها قلت ويجوز ذلك التزويج عليها فقال نعم[1] .

فيكون ظاهرها انه عند الافاقة وعدم الرضاء فلا اثر في العقد وعند الرضاء به يكون ملزما وليس لها التخلي عنه الا انها قد اعرض عنها المشهور أو تحمل على السكر الذي يمكنه الالتفات إلى ما تقول ويصح عقد السفيه في اجراء الصيغة اذا كان وكيلا للغير وأما اذا كان لنفسه فيصح مع اجازة الولي .

لفظ الايجاب بنعم

اذا قال الرجل بعد استفهام مسبق هل زوجتني زينب فقال نعم فربما يحتمل صحة الايجاب بلفظ نعم .

ولكن الذي يبدو ان كلمة نعم لا تعطي حقيقة الانشاء وانما هي اخبار عما جرى في مضمون الحادثة ولو قصد منه الانشاء لكان من نوع المجاز دون

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب عقد النكاح حديث ١ .

الحقيقة الذي لا يتقبله العرف واما ما استدل برواية ابان بن تغلب قال قلت لابي عبد الله (ع) كيف اقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوما إلى أن قال (ع) فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرأتك[1] .

فان هذه الرواية خارجة عن موضوع عنوان الايجاب بلفظ نعم وانما كانت الرواية متجهة إلى ناحية القبول بلفظ نعم .

يصح العقد من المرأة

لا يشترط ان يقع العقد لخصوص الذكر بل يصح حتى من قبل الانثى اذا جعلته وكيلاً في اجراء العقد عن الغير .

وجاء في الجواهر بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه .

وورد في كشف اللثام انه كذلك عندنا خلافا للشافعية .

ومضافاً إلى ادعاء الاجماع فان الروايات مطلقة في عنوان المجري للعقد ولم تكن مقيدة في خصوص الذكورية .

عدم رعاية التطابق

ربما يأتي بالعقد ولكن قد يكون هناك عدم تطابق بين الايجاب والقبول فهل يشترط التطابق .

الظاهر انه لا خلاف في عدم اشتراط التطابق فاذا قلت انكحتك هندا فقال قبلت التزويج منها فقد تغير التعبير من عنوان النكاح إلى لفظ التزويج أو قال زوجتك هندا فقال قبلت النكاح .

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ١ .

أو قلت على المهر المعلوم فقال الطرف القابل على الصداق المعلوم فان الجميع يحكي عن الاختلاف في التعبير وهذا غير موجب لاختلاف العقد كما ورد في الجواهر انه لاخلاف فيه ولا اشكال لاطلاق الادلة .

والذي نلاحظه ان القبول يحكي عن الفاظ مشيرة إلى الجهة الايجابية وربما تكون الشريعة الاسلامية قد اكتفت من حيث صدق العنوان الكلي في الايجاب وان طرف القابل انما يحكي تلك الحالة الايجابية ويقدم عليها بالقبول والرضاء ولم يكن هناك تغاير من حيث الجانب الايجابي وانما التغاير وقع في الجانب اللفظي الذي لم يلحظ التشريع الاسلامي تغايرا واقعياً .

التعليق بالشرط في نظر الديانتين

قد أجازت الشريعة اليهودية وتضمن ذلك في كتاب شعار الخضر لطائفة القرائين الا أنها قائمة في اطار الشرط الواقف[1] خاصة .

أما في نظر الشرائع المسيحية فقد صرح بعضها بعدم جواز تعليق الزواج على شرط راجع المادة ٨٣ من ارادة الكاثوليك ويعم المنع للشرط الواقف والشرط الفاسخ[2] .

وجاء في القانون الكنسي الغربي القديم بامكان تعليق الرضاء على شرط على أن العقد كان يصبح نهائياً اذا اتبع بالدخول ولو كان الشرط لم يتحقق بعد[3] .

وبمقتضى طبيعة الشريعة المسيحية تتنافى مع تعليق الرضا به على الشرط

---

(١) شعار الخضر ص ٧٧ ـ ٧٩ .
(٢) راجع فيليب جلاد في كتاب توفيق فرج ص ٤٤٩ .
(٣) راجع ريجو ص ١٠٥ .

سواء كان واقفاً أم فاسخاً كما جاء في المادة ١٣٥٠ من قانون الاسرة اليوناني الا يكون الرضاء بالزواج معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل[١] .

التعليق في نظر الشريعة الاسلامية

ذهب كافة علماء الامامية من المسلمين إلى عدم صحة عقد الزواج معلقاً على شرط أو مجيء زمان وانما يجدونه منجزاً والتنجيز ينافي التعليق .

ويمكننا طرح سؤال بان التعليق هل يتوجه إلى الانشاء أو يتوجه إلى المنشأ

ان الانشاء بواقعه ايجاد للمنشأ وحيث ان الامور الواقعية غير صالحة للتعليق فكذلك في مرحلة الانشاء لانه ايجاد ادعائي .

وذكر ان التعليق يرد على ذات المنشأ لانه معنى استقلالي ولا يرد على الانشاء لانه معنى آلي .

أما النظر إلى الاحتمال الأول فاجاب السيد الحكيم بالفرق بينهما الناشيء من الفرق بين الحقيقة والادعاء لان باب الادعاء واسع وتحقيقه ان الانشاء راجع إلى قصد تحقيق الامر الادعائي ومن المعلوم ان القصد كما يتعلق بالموضوعات اللحاظية يمكن ان يناط ايضاً بالامور اللحاظية فيكون موجوداً في ظرف لحاظ الشرط ومفقوداً في ظرف عدمه فاذا فرض الانسان وجود المرض قصد شرب الدواء واذا فرض عدمه لم يقصد ذلك فيكون القصد دائراً مدار لحاظ الشرط وعدمه[٢] .

والذي نلحظه ان التعليق يقع على ذات المنشأ دون الانشاء حيث كما أشرنا ان الانشاء من المعاني الحرفية وهي غير صالحة لعروض الشرط عليها .

(١) راجع كامل عثمان ص ٢٩٤ .
(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٣٨٠ .

ولا يقاس على هذا بين الخبر والمخبر به فيكون في قوله تعالى ﴿لو كان فيهما آلهة الا الله لفسدتا﴾ الانبياء ـ ٣٣ انه قد حصل الخبر منه سبحانه مع تعليق المخبر به ولازمه الكذب فيكون خبراً بلا مخبر عنه ووجه عدم هذا القياس ان القيود التي تأتي في جانب المخبر به محققة الوقوع بخلاف القيود التي تأتي في جانب الشرط فانها توجد وقد لا توجد .

مع النظر إلى الآية الكريمة قد لوحظ فيها الفساد في جانب المخبر به مجملاً لا الفساد مطلقاً فاذا انتفى الفساد في الجملة فانه لا يستلزمه الفساد وفي الكل حتى يلزمه الكذب[١] .

الشرط بما يخالف الشرع

اذا جاء بالشرط في العقد بما يخالف الشرع كأن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ولا يجعل قسمة لضرتها ولا يمنعها من الخروج من بيته متى شاءت كل ذلك غير جائز بمقتضى قوله (ص) من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز له ولا عليه .

ولا يؤثر في بطلان الشرط بطلان العقد لما ذكرنا ان عقد الزواج معاوضة في الجملة وليس متمحضاً في المعاوضة حتى يوجب فساد العقد .

والروايات في هذا الميدان كثيرة منها خبر ابن سنان عن أبي عبدالله (ع) في رجل قال لامرأته ان نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال ليس ذلك بشيء ان رسول (ص) قال ان من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه[٢] .

ومنها خبر محمد بن قيس عن الباقر (ع) في رجل تزوج امرأة وشرط لها

(١) بهذا المضمون جاء في المستمسك أيضاً راجع ص ٢٨١ ج ١٤ .
(٢) الوسائل باب ٣٨ من أبواب المهور حديث ٣ .

ان هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق فقضى في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء الله وفي لها ما يشترط وان شاء امسكها واتخذ عليها ونكح عليها .

أما ما جاء عن منصور بن بزرج عن عبد صالح (ع) قلت ان رجلاً من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد ان يراجعها فابت عليه الا ان يجعل لله عليه ان لا يطلقها ولا يتزوج عليها فاعطاها ذلك ثم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع قال بئس ما صنع وما يدريه ما يقع في قلبه في الليل والنهار قل له للمرأة بشرطها فان رسول الله (ص) قال المؤمنون عند شروطهم .

فان هذه الرواية موافقة لسير ابناء العامة فتحمل على التقية وانما النظر إلى فساد الشرط اذا كان مخالفاً للشرع .

أما لوكان التعبير زوجتك احدى هذين أو احد هذين فلا يصح العقد لان الترديد وقع على المشار إليه لا بحسب الاشارة فالمشار اليه وقع بين فردين مجملين .

أما لو عين الزوج هنداً وهند عينت خالدا ووقع العقد فيكون من باب وقع ما لم يقصد وقصد ما لم يقع فلا يصح العقد ولم يكن تطابقاً بين الايجاب والقبول بناء على اعتباره .

واذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه فمدعي التعيين يدعي وقوع العقد على المعين والطرف المقابل يدعي وقوع العقد على الكلي أو المردد فاختار الفقيه اليزدي في عروته في قوله فالقول قول مدعي الصحة ويبدو لدينا ان مدعي الصحة لا يقتضي صحة العقد لانه من الأصل المثبت .

(١) الوسائل باب ٣٨ من أبواب المهور حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٢٠ من أبواب المهور حديث ٤ .

اشتراط تعيين الزوج والزوجة

ذهب علماء الامامية إلى اشتراط تعيين الزوج والزوجة فاذا وقع العقد على شيء لابد من عدم جهالة الموضوع وذكر في التذكرة الاجماع على التعيين وعبر عنه في كشف اللثام بالاتفاق أما العقد على كلى الزوجة نظير بيع الكلى فان المورد هنا لا يتطابق مع بيع الكلى في الذمة لان عنوان الزوجية قائم على ما يضاف اليها وذلك لا يقع الا اذا كان معلوماً وهي كونها فلانة فلو قال شخص زوجتك احدى ابنتي او قال زوجت ابنتي احد بنيك فان العقد وقع على أمر مجهول .

وأما الاشارة فانها كانت موضوعة بالوضع العام والموضوع له عام والاشتغال فيه عام فلا يصح العقد جزماً .

وأما لو كانت الاشارة من باب الوضع العام والموضوع له خاص فانه يصح العقد بالاشارة كما التزمنا به .

فلو اتفقا الزوج وولي الزوجة بالتعيين ولكن تنازعا في المتعين انه هند أو نجلاء فان حصلت البينة فتكون البينة على المدعي واليمين على من انكر وان لم توجد البينة فالتحالف بينهما .

ويمكن ان يتصور ان المورد من نوع المتداعيين بحيث يكون كل منهما مدعياً ومنكراً كما ذكره صاحب الجواهر .

الا ان صورة التداعي لابد ان يكون كل من المتداعيين يطلب الآخر بحق بينما اذا كان الولي له الولاية على العقد لا على جميع الحقوق المتعلقة بالبنت فيكون الزوج مطالباً بحق الاستمتاع أو الاب والولي بصورة عامة يطالب بمجرد العقد دون النظر إلى الحق فتخرج المسألة عن عنوان التداعي .

ولو كان الشخص عنده بنات فزوج واحدة ولم يسمها عند العقد وانما

قصدها معينة واختلف الزوج مع الولي فذهب المشهور من علماء الامامية إلى التحالف .

وذهب جماعة إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رأى البنات وشاهدهن جميعاً فالقول قول الأب وما لو لم يرهن ويشاهد البنات جميعاً فالنكاح باطل .

وأسباب التفصيل ما ورد في صحيحة أبي الحذاء ورواها الكليني عن جميل بن صالح عن أبي عبدة قال سألت أبا جعفر(ع) عن رجل كان له ثلاث بنات ابكار فزوج احداهن رجلاً ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقاً فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة فقال الزوج لابيها انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال فقال أبو جعفر (ع) ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة فالقول في ذلك قول الأب وعلى الاب فيما بينه وبين الله تعالى ان يدفع إلى الزوج الجارية التي كان نوى أن يزوجها اياه عند عقدة النكاح وان كان الزوج لم يرهن كلهن ، ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل[1] .

وذهب العلامة والمحقق وكثير من الاصحاب الامامية كما ذكره في المسالك إلى العمل بهذه الصحيحة فذكر في المسالك دعوى ان رؤيتهن دلت على الرضاء بما عينه الاب وعدمها على عدمه في موضع المنع لان كل واحدة من الحالتين اعم من الرضا بتعيين الاب وعدمه وليس في الرواية على تقدير الاعتناء بها دليل على ذلك بل في هذا التنزيل تخصيص لها في الحالين وحينئذ فاللازم أما العمل بالرواية من غير حمل كما فعله الشيخ أوردها رأساً والحكم بالبطلان في الحالين كما فعل ابن ادريس ولعله اجود لان العقد لم يقع على معينة مخصوصة منها وهو شرط صحته .

---

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب عقد النكاح .

وقال في كشف اللثام لابعد في أن يكون التفويض إلى الولي جائزاً في النساء اللاتي رآهن لانهن تعين عنده دون من لم يرهن لكثرة الجهالة لان الرؤية دليل على التفويض وان التفويض جائز مطلقاً .

ويبدو لدينا في هذا الميدان ان الرواية معرضة عنها الاصحاب والمشهور مع انها مخالفة لقواعد القضاء لان قبول الاب مع كونه منكرا بلا يمين مخالف للقاعدة لان اليمين على من انكر .

هذا مع ان الرؤية ليست شرطا في صحة التزويج كما ليست شرطا للتفويض ايضاً حيث يمكن ان يقع العقد بدون الرؤية كما انه لا تلازم بين الرؤية والتفويض .

جهالة الاوصاف

لو اقدم الشخص على امرأة وكانت تحمل أوصافا كثيرة بكونها شاعرة وأديبة ومهنية وكان له رغبة في أحد الأوصاف فالتعيين وان كان على ذاتها الشخصية من غير جهالة الا ان الجهالة وقعت من حيث الأوصاف فاقدم على زيادة المهر من ناحية احتمال وجود صفة المهنية فيها فظهر عدمها .

فالجهالة في الأوصاف أو تخلف الوصف لا يضر بحقيقة العقد فالجهالة والغرر انما يتعلق بذات الشخص دون أوصافه وان كان اقدام الزوج على بعض الأوصاف لان العقد يقع على الذات دون الأوصاف لعدم دخالتها في ماهية الشخص ووجوده وانما هي من نوع الاعراض العارضة على وجود الشيء .

نظير من اقدم على شراء العبد الكاتب فان وصف الكتابة غير داخلة في حقيقة العبودية وانما هو قيد زائد فتخلف الوصف لا يضر بحقيقة المعاملة وانما له خيار تخلف الوصف دون سقوط أصل المعاملة .

كما أنه لا يشترط في الزواج علم كل من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر وادعى الجواهر الضرورة على عدم الاشتراط وان كان يرى صاحب كشف اللثام قدحا لكثرة الجهالة الا انه بما ذكر اتضح عدم المانع فان القدح يتوجه على عنوان اصل الذات دون الأوصاف .

شرط الخيار في العقد

ذكر الجواهر عدم صحة اشتراط الخيار في ضمن العقد وقال لا أجد خلافا في بطلان شرط الخيار بل لعل الاجماع بقسميه عليه .

وذكر الشيخ الانصاري في مكاسبه نقلاً عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك الاجماع عليه ، وعلله في جامع المقاصد بانه ليس معاوضة محضة ولذا نجد عدم اعتبار العلم بالمعقود عليه مع انه فيه شائبة العبادة وذهب المشهور إلى بطلان العقد اذا كان مشروطا بالخيار وخالف ابن ادريس وايده اليزدي .

ذكرنا ان عقد النكاح مقتضاه التنجيز دون التعليق وأما بالنسبة إلى شرط الخيار في عقد النكاح فيمكن تصويره ان اللزوم في العقد هل كان من الاحكام أو من الحقوق فان كان من الاحكام التكليفية يكون شرط الخيار منافيا لعقد النكاح ولو كان اللزوم من الحقوق فلا يضر شرط الخيار .

وقد فصل جماعة بين كونه منافيا لمقتضى العقد فبطل وبين عدم المنافاة فلا نظير قولك في البيع بعتك بلا ثمن أو اجرتك بلا اجرة وان كان التفصيل المورد خارجا عن دائرة المنافاة للعقد وعدمه يمكن ان يحرر في المقام في عقد النكاح بان اللزوم فيه هل يكون من ذاتيات النكاح أو من احكامه أو من حقوق المتعاقدين الظاهران اللزوم من الاحكام الشرعية وليس من ذاتيات عقد النكاح وليس من حقوق المتعاقدين فاذا جاء الخيار في ضمن العقد يكون موجبا لفساده .

الـــمـــهـــر:

- في الديانة اليهودية.
- في الديانة المسيحية.
- نظر الشريعة الاسلامية في المهر.
- عدم تحديد المهر.
- ركنية المهر وعدمه.
- المصاهرة في نظر المذاهب الأربعة.
- المصاهرة في الاسلام عند الامامية.

المهر في الديانة اليهودية

يعتبر المهر في طائفة القرائين ركناً من أركان الزواج ولا يثبت بدون المهر ويحرم الدخول قبل قبض المرأة مهرها .

وجاء بنفس الحكم للربانيين كما نصت عليه مجموعة ابن شمعون في المادة ٥٦ من ضرورة ان يسمي الرجل المرأة على نفسه بقبولها (ولو بخاتم يعطيه لها وجاء في المادة ٩٨ على الزوج أن يلتزم في عقد الزواج بالمهر لزوجته) .

وجاء في شريعة الربانيين من المادة ٥٦ تقدست لي زوجة بهذا الخاتم أو بكذا ان كان شيئاً آخر على ان يكون الشيء ملكاً للرجل والخاتم يلزم ان لا يكون بحجر ولا ثمينا راجع ايضاً المادة ٥٨ لابن شمعون .

وجاء في شريعة القرائين كما جاء عن شعار الخضر ص ٧٥ يسلم الرجل المهر كله أو بعضه نقداً أو عيناً إلى كبير الحاضر وهو يسلمه إلى ابي البنت أو وكيلها أو اليها رأساً ولو انه غير مستحسن او انه يلتزم به امامهم .

وجاء في المادة ٩٨ ان يلتزم في عقد الزواج بالمهر لزوجته اما في شريعة القرائين فيعتبرون المهر احد أركان عقد الزواج راجع بذلك شعار الخضر ص ٦٣ ـ ٦٤ .

وجاء في شعار الخضر ص ٦٥ ـ ٦٧ يحرم الدخول بها قبل قبضها المهر كما يحرم تجاوزها عنه تفاديا من ان تضع نفسها موضع غير الزوجة الشرعية .

وجاء في مجموعة ابن شمعون المادة ٩٩ في تحديد المهر مع التفرقة بين البكر وغير البكر بان تكون غير الباكر نصف عدد الباكر حيث تقضي المادة بان المهر الشرعي للبكر مائتا محبوب أو سبعة وثلاثين درهما فضة ولغير البكر النصف غنية كانت الزوجة أم فقيرة ويشترط في المهر ان يكون مما يجوز الانتفاع به والا يكون من الأشياء المقدسة والا يكون الزوج قد حصل عليه من سرقة أو خيانة أو غصب أو لقطة والا كان الزواج باطلا راجع شعار الخضر ص ٧٤ .

المهر في نظر الشريعة المسيحية

يبدو ان الشرائع المسيحية لم تلحظ المهر كاساس ركني في العقد .

وذكرت مجموعة الارثوذكس ١٩٥٥ في المادة ٦٩ بانه ليس المهر من اركان الزواج فكما يجوز ان يكون الزواج بمهر يجوز ان يكون بغير مهر .

وبهذا عند مراجعتنا للمادة ٧٠ بانه يجب المهر المسمى في عقد الخطبة للزوجة بمجرد الاكليل في الزواج الصحيح .

وجاء في المادة ٧٢ المهر ملك المرأة تتصرف فيه كيف شاءت ان كانت رشيدة واذا ماتت قبل أن تستوفي جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها او ورثته بما يكون باقيا بذمته من المهر بعد اسقاط الزوج الآيل له من ارثها .

وجاء في المادة ٧٣ في حالة الحكم ببطلان الزواج اذا كان السبب آتيا من قبل الرجل وكانت المرأة تعلم به فلا مهر لها وان كانت لا تعلم به فلها مهرها وان لم يكن عالما به فلا حق لها في المهر وهكذا جاء ايضاً في المادة ٧٤ في حالة الحكم بالطلاق اذا كان سبب الفسخ قهرياً أي لا دخل لارادة احد من الزوجين فيه فيكون حق الاستيلاء على مهرها اما اذا كان سبب الفسخ غير قهري فان كان آتيا من قبل الرجل فللمرأة الحق في أخذ مهرها

وان كان آتيا من قبل المرأة فلا حق لها في المهر فمن مجموع هذه المواد ترى شرطية استحقاق المهر لها وبدونه يكون العقد ملغياً ويكون منافيا لما جاء في المادة ٦٩ .

نظر الشريعة الاسلامية في المهر

وأما المهر في نظر الفقه السني فقد اعتبره من الحقوق الراجعة للمرأة كالنفقة ولذا يكون حقها على نوعين :

١ ـ حقوق مالية وهي المهر والنفقة ٢ ـ حقوق غير مالية كاجراء العدالة بين الزوجات ولم يكن تحديدا في جانبه كما ورد علمها في القرآن وفي رواية أبي هريرة انه قدر ذلك بعشرين آية وعن عائشة ان اعظم النكاح بركة ايسره مؤنة وقال يمن المرأة خفة مهرها ويجوز تعجيل المهر وتأجيله كما ورد عن ابن ماجة عن عائشة قالت امر لي رسول الله (ص) ان أدخل المرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا وعن ابن عباس ان النبي (ص) منع عليا ان يدخل بفاطمة حتى يعطيها شيئاً فقال ما عندي شيء فقال فاين درعك الحطيمة فأعطاه اياها رواه أبو داود والنسائي والحاكم .

وقال أبو حنيفة أن له أن يدخل بها أحبت أم كرهت ان كان مهرها مؤجلاً لانها هي التي رضيت بالتأجيل وهذا لا يسقط حقه وان كان معجلاً كله أو بعضه لم يجز له أن يدخل بها حتى يؤدي اليها ما اشترط لهما تعجيله ولها ان تمنع نفسها عنه حتى يوفيها ما اتفقوا على تعجيله .

ويجب مهر المسمى اذا دخل بها كما في آية النساء ٢٠ ـ ٢١ أو مات احد الزوجين قبل الدخول ويرى أبو حنيفة اذا اختلى بها خلوة صحيحة استحقت الصداق المسمى وخالف في ذلك الشافعي ومالك وداود فقالوا لا يستقر المهر كله الا بالوطء الا مالكاً فقال اذا بنى عليها وطالت هذه الخلوة فان المهر يستقر وان لم يطأ وحدده ابن قاسم من اتباعه بعام .

ولا يجب بالخلوة الصحيحة عند الشافعي ومالك وداود الا نصف المهر لقول الله تعالى ﴿وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ ـ البقرة ٢٣٧ ويجب مهر المسمى بالدخول في الزواج الفاسد لما رواه أبو داود ان بصرة بن أكثم تزوج امرأة بكراً في كسرها فدخل عليها فاذا هي حبلى فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال لها الصداق بما استحلت من فرجها وفرق بينهما .

أما الزواج بغير المهر ويسمى زواج التفويض فلو اشترط ان لا مهر عليه فقيل ان الزواج غير صحيح وبه ذهبت المالكية وابن حزم قال واما لو اشترط فيه ان لا صداق فهو مفسوخ لقول رسول الله (ص) كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل وأما لو دخل بها أو مات قبل الدخول بها فللزوجة مهر المثل والميراث لما رواه أبو داود عن عبدالله بن مسعود انه قال في مثل هذه المسألة اقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمني ارى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة فذهب الشافعي وداود وابن حزم والصاحبان من الاحناف بعدم الجواز للأب ان يزوج الصغيرة باقل من مهر مثلها بعكس رأي أبي حنيفة .

وأما عند مذهب الامامية فذكر الشهيد الأول في اللمعة المهر كلما يصح ان يملك عينا كان أو منفعة واليه ذهب الشرائع وقال وهو كلما يصح ان يملكه عيناً كان أو منفعة وبه ذهب الجواهر للاصل والمعتبرة المستفيضة في تحديد الصداق بما تراضيا عليه وان المنساق منها ذلك بالنسبة إلى الكثرة والقلة ففي صحيح الكناني سألت عن المهر ما هو فقال ما تراضى عليه الناس وصحيح زرارة عن أبي جعفر (ع) والصداق كل شيء يتراضى عليه الناس قل أو كثر وصحيح فضيل عنه (ع) ايضا الصداق ما تراضى عليه الناس من قليل أو كثير فهو الصداق .

ثم ذكر الجواهر قد بان لك من ذلك انه لا أشكال في انه (يصح العقد

على منفعة الحر كتعليم الصنعة والسورة من القرآن والشعر والحكم والآداب) وقال الشرائع وكل عمل محلل .

وقد خالف الشيخ الطوسي في أحد قوليه في النهاية بعدم استقرار العقد على المنفعة مستدلا برواية أبي نصر البزنطي قال قلت لابي الحسن (ع) الرجل يتزوج المرأة ويشترط لابيها اجارة شهرين يجوز ذلك فقال (ع) ان موسى على نبينا واله وعليه السلام قد علم انه سيتم له شرط فكيف بهذا بان يعلم انه سيبقى حتى يفي وقد كان الرجل على عهد رسول الله(ص) يتزوج المرأة على السورة من القرآن وعلى الدراهم وعلى القبضة من الحنطة .

ويمكن المناقشة في الرواية من حيث سندها لان في طريقها سهل بن زياد وهو ضعيف وفيها ايضا ابراهيم بن هاشم وان كان ممدوحا الا انه لم يبلغ إلى حد التوثيق .

واما الدلالة فلان المقام ان يكون مستاجرا لها بينها في الرواية اجارته لابيها لا إلى الزوجة فيمكن صحة الاجارة لابيها بلحاظ شريعة شعيب .

وقال الشهيد الثاني عند منع الشيخ في استناده إلى هذه الرواية قال لا تنهض دليلا متنا وسندا وان كان الشيخ الطوسي قال في النهاية ايضا يجوز العقد على تعليم آية من القرآن أو شيء من الحكم والاداب لان له اجراً معيناً وقيمة مقدرة ولا يجوز العقد على اجارة وهو ان يعقد الرجل على امرأة على أن يعمل لها أو لوليها اياما معلومة أو سنين معينة وقال ايضا في كتابه المبسوط يجوز ان تكون منافع الحر مهراً مثل ان يخدمها شهراً أو على خياطة ثوب أو على ان يخيط لها شهراً وكذلك البناء وغيره وكذلك تعليم القرآن والشعر المباح كل ذلك يجوز ان يكون صداقا وفيه خلاف غير ان اصحابنا رووا ان الاجارة مدة لا يجوز ان تكون صداقا لانه كان يختص بموسى (ع) وذكر في كتابه الثالث الخلاف وقال مسألة يجوز ان تكون منافع الحر مثل تعليم قرآن أو شعر

مباح أو بناء أو خياطة أو غير ذلك مما له اجرة صداقا واستثنى اصحابنا من جملة ذلك الاجارة وقالوا لا يجوز لانه كان يختص بموسى (ع) وبه قال الشافعي ولم يستثن الاجارة بل اجازها ثم حكى عن أبي حنيفة واصحابه انه لا يجوز ان تكون منافع الحر صداقا بحال سواء كانت حجا أو غيره ثم قال دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم .

وقال الجواهر في منع جعل البضع اجرة كما في قصة شعيب قال ضرورة عدم صلاحية البضع لان يكون اجرة ولا ثمنا لمبيع ولا عوضا في جميع المعاوضات مضافا إلى ما تسمعه من خبر حمادة وظاهر الآية مع فرض ارادته مختص بموسى (ع) كما انه اختص به جعل تلك الاجارة التي منفعتها لشعيب (ع) مهراً كما اومىء اليه في خبر السكوني الذي رواه المشائخ الثلاثة قال لا يحل النكاح اليوم في الاسلام باجارة بان تقول اعمل عندك كذا وكذا سنة على ان تزوجني ابنتك أو اختك قال هو حرام لانه ثمن رقبتها وهي احق بمهرها .

وأما ما جاء في قوله سبحانه اريد أن أنكحك احدى ابنتي هاتين ـ القصص ٢٧ .

فقد وقع المهر منفعة وان كان لا مانع من وقوع المهر منفعة الا ان الآية كانت في اتجاه آخر حيث ان الظاهرة القرآنية ان المرأة المرسلة طلبت من أبيها أن يستأجر موسى (ع) لرعي الغنم ووصفته بالامانة وعلو النفس فقال الاب شعيب لموسى اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تكون اجيراً لي بثماني سنين والعشر تفضل منك فاجاب موسى بالقبول واتمها له بعشر سنين .

فالنظر إلى الآية ان عقد الاجارة كان للرعي دون النظر إلى جعل الاجارة بدلا عن البضع الا انه يمكن الملاحظة بان عوض الاجارة لم يخرج عن كونه بدلا عن البضع ولكن يمكن المناقشة بان المنفعة عائدة للأب دون الزوجة فيحتمل في الآية اربعة احتمالات .

١ ـ ان الشريعة خاصة لشعيب ولا تسري إلى الشريعة الاسلامية .
٢ ـ اجراء الاجارة على رعي الغنم وعوضها البضع .
٣ ـ كان امتلاك المهر عن طريق الولاية العامة للانبياء .
٤ ـ اجراء عقد النكاح فضولا لعدم تركيزه على المهر كما في البيع .

والمهم انه يصح ان يقع المهر منفعة كما دلت عليه الروايات عن الائمة (ع) والرسول (ص) في تعلمها القرآن لنفسها .

عدم تحديد المهر

عندما نراجع القرآن الكريم يقول سبحانه ﴿واتيتم احداهن قنطارا﴾ (النساء ٢٠) والمراد من القنطار كما ورد في القاموس القنطار بالكسر وزن اربعين اوقية من الذهب أو الفضة .

وجاء في صحيحة الوشا عن الرضا (ع) لو ان رجلا تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين الفا ولابيها عشرة الاف كان المهر جائز والذي جعله لابيها فاسدا .

والمقصود من الآية والصحيحة انه يجوز ان يعطي الزوجة المال الكثير وليس له تحديد شرعي وعن الشيخ في المبسوط انه روى فيه عن عمر انه لما تزوج ام كلثوم بنت علي (ع) اصدقها الاربعين الف درهم[1] وأنس بن مالك تزوج امرأة على عشرة آلاف[2] وان الحسن بن علي (ع) تزوج امرأة فأصدقها ماءة جارية مع كل جارية ألف درهم[3] الا انه ورد عن رسول (ص) قال (ص) افضل نساء امتي اصبحهن وجها واقلهن مهرا .

---

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب المهور حديث ٢ ـ ٣ .
(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٢٣ وفيه على عشرين ألفاً .
(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب المهور حديث ٣ .

هذا مع وجود روايات كثيرة على الزيادة على مقدار الخمسمائة فضلا عن الظهور القرآني فيها .

وقال (ص) ان أعظم النكاح بركة ايسر مؤنة وقوله (ص) افضل نساء امتي اصبحهن وجها واقلهن مهرا وان من شؤم المرأة كثرة مهرها .

وعن أبي الحسن (ع) في مهر السنة كيف صار خمس مائة ان الله تعالى أوجب على نفسه ان لا يكبره مؤمن مائة تكبيرة وكذا التسبيحة والتحميدة والتهليلة والصلاة على محمد واله كل واحدة مائة مرة اللهم زوجني من الحور العين الا زوجه اليه حورا وجعل ذلك مهرا .

وذهب المرتضى والاسكافي والصدوق إلى التحديد بمقدار خمسمائة درهم مستدلا بالاجماع ولكن مع وجود الاختلاف وظهور القرآن على عدم التحديد كاف وان كان ظاهر الصدوق ارادة الاستحباب للتاس وظهور قوله (ع) ما تراضى عليه الزوجان دال على العموم أو قوله (ع) قل أو كثر .

وذهب الشهيد الأول إلى الكراهة بان يتجاوز المهر السنة للجمع بين الاخبار المحددة والمطلقة كما هو الظاهر .

أما لو قال اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه (ص) فذكر ان صداقها خمسمائة درهم كما ورد عن اسامة بن حفص قال قلت لابي الحسن موسى (ع) رجل تزوج ولم يسم مهرا وكان من الكلام اتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه (ص) فمات عنها فما لها من المهر قال (ع) مهر السنة .

ولكن الرواية فيها محمد بن عيسى وعثمان بن عيسى هذا مع ان التزويج على الكتاب والسنة لا يثبت جهة التحديد مع انه قد يكون النظر في الرواية الاعم من الحكم التكليفي ومن اثبات مهر السنة كما ذكره في المسالك .

واتفق الزوجان على تحديد المهر من احداهما بان تقول زوجتك على ان تفرض من المهر ما شئت أو ماشئت جاز ذلك لرواية زرارة عن الباقر (ع) المعللة بانه اذا حكمها لم يكن لهما ان تتجاوز ما سن رسول الله (ص) وتزوج عليه نساءه واذا حكمته فعليها ان تقبل حكمه قليلا كان أم كثيرا .

والكلام ان الاتفاق عندما وقع من الزوجين على فرض المهر لم يكن النظر فيه إلى جانب الكثرة والقلة والرواية قد فككت بين التحكيمين فبالنسبة للمرأة ان لا تتجاوز مهر السنة وبالنسبة للرجل ان تقبل حكمه سواء كان قليلا أو كثيرا ولعل تحكيم المرأة في جانب الكثرة قد لاحظه الشارع بنحو التحديد لقصورها الذاتي وتكون الكثرة منبعثة عن انفعالاتها النفسية بخلاف الرجل فان التحكيم في جانب الكثرة أو الفك يأخذه بميزانه العقلي والله اعلم بحقائق الامور .

أما لو فوضته البضع من غير نظر إلى جهة المهر بان تقول زوجتك نفسي فيقول الزوج قبلت فيكون العقد مجردا عن المهر فاذا دخل بها قبل تعيين المهر فعليه مهر المثل .

أما لو طلقها قبل الدخول فعليه المتعة كما دلت الآية الكريمة لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فيكون الحكم عليه بحسب حال الزوج من دابة أو ثوب له قيمة مرتفعة أو عشرة دنانير وذكر الشهيد في الروضة والمتوسط يمتع بخمسة دنانير والفقير بدينار أو خاتم والذي يظهر ان الميزان هو النظر إلى حاله كما اشارت الآية من الموسع والمقتر وذكر عليه مهر المثل دون المتعة والظاهران ان مهر المثل يتحقق بعد الدخول والمفروض انه طلقها قبل ان يباشرها لوجود النص على ذلك .

وأما لو قدم اليها شيئاً قبل الدخول ثم دخل ذكر ان ذلك يكون مهراً لها ولم يكن لها حق المطالبة بعد الدخول الا ان تشترط عليه قبل الدخول وسار بهذه النظرية المشهور وادعى عليه ابن ادريس الاجماع .

ولكن صاحب الرياض والمسالك قد خالفا في ذلك فقال صاحب الرياض والاظهر الرجوع إلى القواعد وهي لزوم مهر المثل وقال في المسالك انه مخالف للاصول .

والذي يأتي في ذهننا ان الاجماع مع وجود الخلاف ليس بحجة كما أوضحنا فيكون العقد قد تحقق بدون المهر بينما المفروض انه دخل بها فالقاعدة تقتضي مهر المثل كما عليه الرياض .

ركنية المهر وعدمه

ذهب الشرائع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم إلى عدم ركنية المهر في العقد وانما هو عقد في ضمن العقد ولذا يصح العقد لو خلى عن الصداق .

والظاهر ان عقد النكاح ان كان بازاء البضع كما في بعض الروايات فيكون المهر من اركانه ولا يتم الا بذكر المهر او ان المهر يقع في عنوان المعاوضة بين المهر والبضع وأما عقد النكاح فهو عنوان المزاوجة واثبات العلقة ولذا نرى صدق عقد النكاح وان كان المهر يتعين بعد ذلك أو وقوع اشتراط الخيار في المهر وهذا مما يؤكد كون المهر ليس بركن في العقد أو دخل بها قبل دفع المهر يكون دينا عليه كما ورد من ان الدخول يهدم العاجل .

ملكية المهر بنحو التزلزل أو الاستقرار

يأتي الكلام في ملكية المهر هل ملكيتها له حين العقد أو حين الدخول فيكون ملكيتها بنحو الشرط المتأخر فاذا كانت تملك الزوجة المهر من حين العقد كانت الملكية مستقرة وغير متزلزلة وان كانت الملكية الا بالدخول كانت متزلزلة .

اختلفت آراء الامامية حول تملك المهر جميعه أو بعضه وان لم يستقر الملك قبل الدخول أو تملك نصفه خاصة والنصف الآخر يقع متوقفا على الدخول .

ذهب المشهور من علماء الامامية إلى الاول معتمدين في الاستدلال على قوله سبحانه ﴿واتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾ ولانها تملك نماءه بنفس العقد كما جاء عن عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) بالملك حين العقد مع كون الصداق عوضا عن البضع فعندما يملك البضع حين العقد تملك العوض .

وقال ابن الجنيد يملك النصف بالعقد والنصف الآخر بالدخول وما قام مقامه لرواية محمد بن مسلم عن الباقر (ع) الدالة على ان وجوب المهر هو بالدخول .

وذهب صاحب المسالك والشهيد الاول إلى التملك من حين العقد كما ذهب اليه المشهور ولذا يترتب على التملك من العقد تصرفها قبل القبض والنماءات المتخللة بين العقد والطلاق كما دلت عليه رواية عبيد بن زرارة عن الصادق (ع) في زوج ساق إلى زوجته غنماً ورقيقاً فولدت عندها وطلقها قبل ان يدخل فقال (ع) ان كن حملن عنده فله نصفها ونصف ولدها وان كن حملن عندها فلا شيء له من الاولاد .

والظاهر بمقتضى الآية والرواية التمسك بالملكية من حين العقد كما عليه المشهور وليس حين الدخول وتظهر ثمرة الملكية من حين العقد أو حين

الدخول في النماءات كما جاء في رواية عبيدة سواء كانت متصلة أم منفصلة .

نصف المهر قبل الدخول في الطلاق

اذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول فله نصف المهر كما دلت الآية الكريمة بقوله سبحانه ﴿وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن﴾ (البقرة ٢٣٧) وقد اتفق فيه الفقه السني على ذلك بمقتضى الآية[1] .

والمقصود من المساس المقاربة والجماع دون مطلق المس وان الحكم في الآية ان المهر يكون نصفاً للزوج ونصف للزوجة اذا لم تكن مباشرة جنسية بدخول الحشفة .

ولذا لو ابرأته عن الصداق وطلقها قبل الدخول له حق الرجوع إلى النصف الآخر فبناء على ملكيتها لجميع المهر من حين العقد فقد تصرف فيه بالابراء فيأخذ نصفه المقرر له قبل الدخول ويأخذ النصف المتبقي بالابراء .

والحكم عليه بالنصف لا يفرق فيه بين الطلاق الرجعي أو الخلعي لاستحقاقه للمهر ببذلها للمال .

شرط الخيار في المهر

ذكر في العروة وأما شرط الخيار في المهر فلا مانع منه ولكن لابد من تعيين مدته .

وذكر المستمسك في تعليقه على العروة قال كما هو المعروف بينهم المصرح به في كلام جماعة كالشرائع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرها مرسلين له ارسال المسلمات من دون تعرض فيه لخلاف أو اشكال معللين له

---

(١) فقه السنة للسيد السابق ص ١٦٤ مجلد ٢ .

بان الصداق ليس ركنا في العقد بل عقد في ضمن العقد فلا مانع من الخيار فيه ويبقى اصل النكاح بحاله .

وأما بالنسبة إلى تعيين المدة فقال الجواهر ربما احتمل فيه عدم اعتبار ضبطه لذلك ولانه يغتفر فيه من الجهالة ما يغتفر في غيره لكن المذهب الاول ويكون الفرق بين فساد النكاح وعدمه وبين عدم بطلان الشرط في المهر ان المشهور من علماء الامامية ذهب إلى بطلان النكاح بشرط الخيار معللين ذلك بان النكاح ليس من العقود المعاوضية التي يصح فيها خيار الشرط ولكن ابن ادريس خالف في ذلك وقال بصحة العقد وان فسد الشرط اذ لا يؤثر فساد الشرط فساد العقد فلا يبطل أحدهما ببطلان الآخر وذهب إلى ذلك الشيخ أيضاً .

وذهب المسالك إلى بطلان العقد وقال بعدم بطلان الخيار في المهر معللاً ذلك بانه ليس ركنا في النكاح ولا ملازمة بينهما وعليه لا ضبط للمدة ولا حد لها .

وذكر الشيخ تثبت المدة بثلاثة ايام قال في المسالك وذكر الشيخ كونها ثلاثة أيام من باب التمثيل لا الحصر الا ان الذي يبدو انه في مقام الحصر والتحديد وعلى تقدير فسخ الصداق يرجع إلى مهر المثل على تقدير الدخول .

ومن مجموع هذه الآراء يظهر لدينا ان الخيار في المهر لا مانع من انه ليس بركن لعقد النكاح ولذا يصح فيه الخيار وغير موجب لفساد العقد بخلاف الخيار في النكاح فانه موجب لفساده كما ذهب اليه المشهور .

كما انه عند ثبوت الخيار في المهر لابد من تعيين المدة لثبوت الغرر والجهالة عند عدم التعيين .

لها حق الامتناع قبل الدخول

هل يجوز للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تستلم مهرها من الزوج حالا سواء كان النكاح بمعنى المعاوضة أو انه متضمن لمعنى العبادة كما عن البعض .

وقد تعرض صاحب المسالك إلى فروض ثمانية في هذا الموضوع الأول: ان النكاح على تقدير ذكر المهر في العقد معاوضة أما محضة أو شبيهة بها ومع عدم ذكره لا يكون كذلك لعدم العوض من الجانب الآخر ما لم يدخل فيلزم العوض ويلحق بالمعاوضة .

الثاني: في المعاوضة لكل من المتعاوضين الامتناع من تسليم ما في جانبه من العوض حتى يسلم اليه الآخر سواء كان معسراً أو مؤسراً ليحصل فائدة التعويض فيجبرها الحاكم على التقايض معا حيث يتعاسران لعدم الأولوية .

الثالث: انه مع قبض احدهما باذن الآخر يسقط من القابض من الامساك ومن الآخر أيضاً لاستقرار ملك القابض فلا يستفاد منه .

الرابع : ان الوطء في النكاح هو القبض اذ البضع لا يدخل تحت اليد وان كانت الزوجة امة لان ملك الرقبة لغير مالك الاستمتاع ولهذا لا يجب عليه عوض العوض بالغصب ما لم يطأ ويحتمل كون الوطىء ليس قبضاً تاماً كقبض المبيع لان المعتبر منه قبض مجموع العوض الواقع في مقابلة الآخر والواقع في مقابلة المهر ليس هو الوطء مرة واحدة بل مجموع حق البضع وحيث لا يمكن دخوله باجمعه تحت اليد لا يتصور التقابض من الجانبين فيبقى حق قبضه مادامت منفعة متجددة بخلاف ما يمكن قبضه بعملة كالمهر والمبيع .

الخامس : ان المهر يجب جميعه بالعقد وان توقف استقراره على الدخول في أشهر القولين والروايتين ويكفي في استقراره الدخول ولو مرة اجماعاً .

السادس : انه ليس في مقابلة باقي الوطيات مهر في الدائم الاتفاق على وجوب جميعه بالوطء الواحد وان كان متعلق المعاوضة هو البضع الذي يتجدد منافعه في كل وقت من أوقات وجوده بخلاف المنقطع فان المهر في مقابلة مجموع المدة ومن ثم يسقط من المهر بحساب ما تفوته عليه من المدة اختياراً .

السابع : هل يشترط في القبض وقوعه طوعاً أم يكتفي به مطلقاً وجهان من حصول الغرض وانتفاء الضمان به كيف اتفق ومن تحريم القبض بدون الاذن فلا يترتب عليه أثر الصحيح والحق ان بعض أحكام القبض متحققة كاستقرار المهر بالوطء كرهاً وبعضه غير متحقق قطعا كالنفقة ويبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرها هل لها الامتناع بعده من الاقباض حتى تقبض المهر أم لا .

الثامن الحكم بوجوب التقايض في العوضين من الجانبين وانما يتحقق مع استحقاق كل من المالكين للعوضين معجلاً فلو انتفى استحقاق التعجيل عن احدهما أو عنهما معاً انتفى الحكم كما لو كان احد العوضين مؤجلاً أو هما معا وحيث يختص أحدهما بمانع التعجيل يختص الآخر بحكم استحقاق تعجيل اقباضه من غير تربص وعدم الاستحقاق يتصور هنا من جانب المهر بتأجيله ومن جانب الزوجة بصغرها وغيرها من موارد الاستمتاع[1].

وأما نظر الشهيد الأول من ان للزوجة الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها ان كان المهر حالاً وقال الشهيد الثاني سواء كان الزوج مؤسراً أم معسراً عيناً كان المهر أم منفعة متعيناً كان أم في الذمة لان النكاح في معنى المعاوضة وان لم يكن محضة .

---

(١) مسالك الافهام ج ١ ص ٥٣٩ ـ ٥٤٠ ط الحجرية .

وقال الحلي انه ليس لها الامتناع حينئذ لمنع مطالبته وذلك في صورة الاعسار وسار الرياض على رأي الحلي أيضا وبعد عرض مجموعة الآراء يأتي في ذهننا ان النكاح بمعنى المعاوضة في الجملة وعليه يمكنها ان تمتنع عن المقاربة ما لم يسلم اليها عوض البضع حتى ولو اكرهها على المقاربة فان عنوان القبض الذي يوجد باطار الدخول في صورة الاكراه فاسد .

وأما لو رضيت بالدخول أولاً وامتنعت بعد ذلك فيمكن القول بانه حين الرضا قد تحقق القبض وعند عدم تسليم المهر لها يكون لها حق المطالبة لا انه يجوز لها الامتناع لانه كما أوضحناه ان النكاح معاوضة في الجملة وحيث تحقق الدخول صار من نوع التقابض بين الطرفين فلا يجوز الامتناع بعد ذلك هذا كله في تصوير الزوجية بمعنى الحق وأما بنحو الحكم فيمكنها الامتناع كما هو غير بعيد .

جعل الحق مهراً

نتعرض الى الحق في النفقة سواء كان بمعنى قبوله للاسقاط أم انه مغاير لنوعية البعث والزجر فمثل حق الدعوى واليمين والخيار والشفعة ونحوها بالنظر إلى عموم قوله (ع) ما تراضيا عليه يمكن أن يقع المهر في دائرة الحق ويصح جعله مهراً .

أما اذا قلنا ان المهر لابد من المعاوضة عليه والحق ليس عوضاً متمحضاً وغير قابل للتصنيف فلا يقع مهراً ولو كان في مرحلة التقدير لعدم كونه من التقويمات العرفية كما يدل عليه خبر حمادة بنت اخت أبي عبيدة الحذاء سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة وشرط لها ان لا يتزوج عليها ورضيت ان ذلك مهرها فقال : أبو عبدالله (ع) هذا شرط فاسد لا يكون النكاح الا على درهم أو درهمين[1] .

---

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب المهور حديث ١ .

الجهاز

قد استعرض الفقه السني الجهاز وهو الأثاث الذي تعده الزوجة هي وأهلها ليكون معها في البيت اذا دخل بها الزوج وقد روى النسائي عن علي (ع) قال جهز رسول الله (ص) فاطمة في خميل وقربة ووسادة حشوها اذخر الا ان المسؤول عن اعداد البيت هو الزوج والزوجة لا تسأل عن شيء من ذلك مهما كان مهرها حتى لو كانت زيادة المهر من أجل الأثاث لان المهر انما تستحقه الزوجة في مقابل الاستمتاع بها الا ان رأي المالكية تعتقد أن المهر ليس حقاً خالصاً للزوجة ولهذا لا يجوز لها ان تنفق منه على نفسها ولا تقضي منه ديناً عليها ولذا جرى في المادة رقم ٦٦ من قانون الأحوال الشخصية في مصر ان الزوجة تلتزم بتجهيز نفسها بما يتناسب وما تعجل من مهر قبل الدخول ما لم يتفق على غير ذلك فاذا لم يعجل شيء من المهر فلا تلتزم بالجهاز الا بمقتضى الاتفاق أو العرف[١] .

الا ان الذي يبدو ان الجهاز ليس له علاقة في ذمة الزوج وانما المهر خالص للزوجة ولم يرد دليل في الزام الزوجة بالجهاز وانما على الزوج ان يهيء شئون النفقة الملزم بها .

(١) أحكام الاحوال الشخصية ص ٢١٤ للدكتور يوسف موسى .

الانـــفـــاق:

- في الديانة اليهودية.
- في الشريعة المسيحية.
- النفقة في نظر الاسلام.
- النفقة حق أم حكم.
- الحق في نظر القانونيين.
- تقسيم الحق.
- الحق في نظر علماء الامامية.
- محتملات الحق.
- تعريف الحق والحكم.
- تقسيم الحق بالنظر للانتقال.
- هل الحق متأخر عن الحكم أم لا؟.
- الحق عام وخاص.
- ملاحظة الآراء.
- أدلة النفقة.

ـ شروط النفقة.

ـ النشوز في الديانتين.

ـ نظرة التشريع الاسلامي في النشوز.

ـ حقيقة النشوز.

ـ ثبوت النفقة للمطلقة الرجعية.

ـ تحديد النفقة.

ـ جنس الطعام.

ـ اخدامها.

ـ المسكن للزوجة.

ـ ملكية النفقة.

ـ اطلاق النفقة.

ـ نشوز الرجل.

ـ الأهمية في الانفاق.

الانفاق في الديانة اليهودية

جاء في المادة ١٠٦ من مجموعة ابن شمعون بوجوب الانفاق على الرجل وأما النص بانه على الزوج للزوجة مهرها ومؤونتها وكسوتها راجع في المادة ١٠٧ ـ و١١١ و٢١٨ .

ولكن بعين ذلك قد جاء في المادة ٧٥ ـ ٢٦ من مجموعة ابن شمعون للرجل حق في مال المرأة وجاء في المادة ٨٥ عدم جواز تصرف المرأة في أموالها الا باذن زوجها .

وجاء في المادة ١١٦ ـ ١١٧ انه يمكن ان تنفق المرأة على نفسها من مالها ويكون سبباً لاعفاء الرجل عن النفقة .

وتبتدىء النفقة من حين الخطبة والتقديس كما جاء في المادة ٢٤٥ من ابن شمعون من اسقاط نفقة الارملة اذا هي خطبت أو تقدست ويستفاد من هذه المادة ان ابتداء النفقة بلحاظ مفهوم الشرط فيها وهي انه اذا لم تخطب أو تقدس من قبل الغير .

وتمتد النفقة إلى ما بعد وفاة الزوج بشرط بقاء الزوجة في بيته فلها حق ان تأكل من ماله مادامت ارملة اذا شاءت هي وبناتها إلى ان يتزوجن ولها حق ان تعيش من مال الرجل ولو أوصى بغير ذلك راجع في ذلك المادة ٢٣٨ من مجموعة ابن شمعون .

وتأتي مرحلة مناقضة كما جاء في المادة ٢٣٩ اذا كان من عرف البلد أو من مقتضى العقد ان لا نفقة للارملة بعد وفاة زوجها بغير رضاء الورثة فلها عندئذ (نفقة ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة) .

فجعلت المادتان الميزان في النفقة هو النظر إلى عرف البلد ومقتضى العقد .

واذا اضطرت للاستدانة من أجل النفقة حال غياب زوجها لزمه الدين راجع المادة ١١٣ من مجموعة ابن شمعون حتى لو خرجت من بيته للتشاجر واستدانت لتنفق لذمة الدين راجع المادة ١١٩ وكذا لو كان مجنوناً أو معتوهاًيمكن للزوجة أن تأخذ لنفسها حكماً شرعاً بالنفقة راجع المادة ١٢٠ .

واشارت مجموعة ابن شمعون إلى عناصر النفقة الواجبة للزوجة المؤونة والكسوة ونفقات العلاج واطلاق سراحها من الاسر ومصاريف دفنها عند الوفاة كما جاء في المادة ١٠٦ وجاء في المادة ١٢٢ (طلب مسكن شرعي بما يلزمه من الأثاث بقدر حالة الرجل) .

وأما المؤونة فهي (اكلها وشربها مما يأكل الرجل ويشرب ووجب عليه ان يوسع لها بقدر معيشة أهلها متى كان مقتدراً) .

ويراد من بيان الكسوة (وهي كسوة الصيف والشتاء بحسب عادة البلد مع مراعاة حالة الزوج من يسر وعسر) راجع المادة ١٢١ وجاء في المادة ١١٠ اذا خالف الزوج في النفقة قامت السلطة الشرعية بحجز أمواله وبيعها .

الانفاق في الشريعة المسيحية

يبدو ان الطائفة الكاثوليكية لم تتعرض إلى النفقة بوجه خاص حتى بالنظر إلى الطائفة البروتستانت وانما النفقة يفرضها وجود الزواج .

أما الارثوذكس في شريعة الاقباط ان النفقة على الرجل كما جاء في

المادة ٤٥ من مجموعة ١٩٥٥ وقد جاء في المادة ١٤١ بالزام النفقة على الزوجة اذا كان زوجها معسراً وراجع ايضاً المادة ١٤٦ الا ان الطائفة الكاثوليكية والانجيلية لا تحتم الانفاق على الزوج ولو كانت الزوجة مؤسرة[1] .

وجاء في القانون الفرنسي من المادة ٢١٤ بالزام الرجل النفقة على زوجته اذ تقول كل ما هو ضروري لحاجات الحياة حسب موارده وحالتها ولكن في تاريخ ١١ يوليه سنة ١٩٧٥ عدلت هذه المادة إلى (المساهمة في اعباء الحياة الزوجية) .

واذا كان للزوج مال وكان غائباً فقد ورد في المادة ١٤٥ من مجموعة الاقباط للزوجة ان تنفق على نفسها منه .

وجاء في ناحية تقدير النفقة من المادة ١٣٨ للاقباط بان النفقة المقدرة مؤقتة بطبيعتها تبعاً لتغير أحوال الطرفين فاذا أصبح الشخص الملزم بالنفقة في حالة لا يستطيع معها أداءها أو أصبح من يتقاضى النفقة أو غير حاجة إلى كل ما قدر له أو بعضه جاز طلب اسقاط النفقة أو تخفيض قيمتها كما انه اذا زاد يسار الشخص الملزم بالنفقة أو زادت حاجة المقضي له بها جاز الحكم بزيادة قيمتها .

النفقة في نظر الإسلام

تتصور النفقة على ثلاثة أنواع :

١ ـ النفقة للزوجة

٢ ـ النفقة للاقرباء

٣ ـ النفقة للمملوكين

---

(١) الوجيز ص ٣٢٩ أحمد سلامة .

وموضوع بحثنا النفقة للزوجة الدائم دون الزوجة المنقطعة لان المنقطعة مستأجرة ولذا كان المعروف لدى علماء الامامية عدم النفقة للاجيرة حتى أنه ورد في الخبر تزوج منهن الفاً فانهن مستأجرات .

ويكون وجود النفقة مقاروناً لوجود التمكين في أي موضع وفي أي وقت .

أما تحديد النفقة فذكر الشهيد الأول انه بما تحتاج اليه المرأة من طعام وادام وكسوة واسكان واخدام وآلة الدهن والتنظيف تبعاً لعادة أمثالها من بلدها .

والظاهران الأمر بالنفقة مطلق والميزان في جهة التحديد إلى العرف كما يبدو من قوله سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وهو الرجوع إلى العرف في معرفة اجناس الأشياء وان المعاشرة الحياتية بما تناسب حالها كما أشار اليه تعالى ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ والنظر في الآية إلى النفقة بحسب العرف .

وذكر انه يرجع إلى التحديد في الطعام بمقدار مدين كما في تقدير طعام المسكين في الكفارات وقيل مدان للمؤسر ومد للمعسر وقد خالف في ذلك صاحب المسالك وابن ادريس وأكثر المتأخرين وعليه الشهيد الثاني والأقوى عدم التحديد وانما المدار فيه الرجوع إلى سد الحاجة بمقتضى العرف .

ومن جملة النفقات اخدامها اذا كانت من ذوي الخدمة في بيت أبيها ولا اعتبار بترفعها في بلد زوجها لان الشريعة الاسلامية تلحظ عدم تغيير البيئة بين اسرتها وبين الاسرة الجديدة اذ التغيير البيئوي مما يوجب عدم الانسجام في محيط الاسرة الجديدة .

النفقة حق أم حكم

بحث علماء الامامية مسألة الحق والحكم بصورة مفصلة نرجىء الحديث عن آرائهم بعد تناولنا للحق من زاوية آراء القانونيين .

الحق في نظر القانونيين

تقوم فكرة الحق على أساس كونها مكنة أو سلطة يعترف بها القانون للفرد وقد قام بالدفاع عن هذه الفكرة جماعة القانون الطبيعي والمذهب الفردي .

ولكن قامت جماعة مناوئة للمذهب الفردي مثل ديجي في فرنسا وهانزكلس في النمسا كان أساس فكرتهما على الواقعية الاجتماعية لانها تقوم على فكرة الواجب والوظيفة الاجتماعية بخلاف الفكرة الفردية فانها تقوم على أساس الاستئثار والتسلط الفردي .

ويرتكز انصار فكرة الحق على النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية والنظرية المختلطة والمراد من النظرية الشخصية حيث ينظر إلى الحق من زاوية شخصية فيكون الحق على هذا بانه قدرة ارادية يخولها القانون لشخص معين في نطاق محدد[1] .

وقد نوقشت هذه النظرية بان تعريف الحق على أساس وجود الارادة لاكتساب الحق في حين ان القانون يقرر الحقوق لبعض الأشخاص بغض النظر عن انعدام الارادة لديهم كالمجنون والصبي عديم التمييز كما تقرر الحقوق لبعض تجمعات الأموال والأشخاص التي يضفي عليها القانون الشخصية الاعتبارية كالشركات والجمعيات والمؤسسات .

وأخيراً فان الحقوق قد تثبت للشخص بغير علمه ولو كانت الارادة

(١) انيسكو فكرة الحق في القانون الخاص ١٩٣١ باريس رقم ٤٠ .

هي مناط اكتساب الحق كان ذلك في الامكان ففي جميع هذه الفروض يتقرر رغم ان صاحبه عديم الارادة أو رغم أنه ليس شخصاً طبيعياً اصلاً ورغم تخلف علمه باكتساب الحق(١) .

وقد دفع هذا الاعتراض دابان بان ممارسة الحق قد تكون باعمال مادية ولا تقتضي بالتالي وجود ارادة مدركة فالجنون والصبي غير المميز يمارس حق الملكية في صورة الاستعمال مع ان كلاً منهما فاقد التمييز والارادة(٢) .

ويمكن الملاحظة بين الرد والاعتراض بان الارادة من اثار الحق وليست مثبتة لحقيقة الحق .

أما النظرية الموضوعية فتعرف الحق بأنه مصلحة مشروعة يحجبها القانون كما سار بهذه النظرية اهرنج الالماني .

فكان عنوان الحق يرتكز على عنصرين وهما المصلحة وحماية القانون .

وقد نوقشت هذه النظرية من قبل دابان بانها قد عرفت الحق بالغاية التي تسعى اليها وليس بالعناصر التي تتكون منها ماهيته .

ووردت مناقشة اخرى في جعل الحق مصلحة حيث جعلت من الحماية القانونية عنصراً شكلياً في الحق مع ان الحماية القانونية وما يستتبعها من حماية قضائية في صورة الدعوى هي مجرد وسيلة للدفاع عن الحق وبالتالي نتيجة تالية في وجودها لوجود الحق ذاته فالحق لا يعتبر حقاً لان القانون يحميه بدعوى ولكن الصحيح ان القانون يحميه بدعوى لانه حق(٣) .

أما النظرية المختلطة فتقوم على الارادة والمصلحة بمعنى ان الحق مكون من الارادة والمصلحة ولكنهم بين اتجاهين :

(١) المدخل لدراسة القانون الكتاب الثاني ١٩٥٨ الرقم ٧٢ أحمد سلامة .
(٢) المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٦ رقم ٢٦٥ توفيق فرج ص ٤٤٠ .
(٣) فكرة الحق للدكتور حمدي عبد الرحمن ١٩٧٩ .

١ ـ ان الحق هو سلطة الارادة وانها هي العنصر في جانب الحق الا ان القانون يضفي عليها اعترافه وتنطبق السلطة على المال والمصلحة .

٢ ـ ان الحق يكون في جانب المصلحة والقانون يكون حامياً ومعترفاً بها فالمصلحة تكون على هذا التعبير عنصراً للحق[١] .

أما فكرة المناوئة للحق كمذهب ديجي حيث يعتبر الحق بانه سلطة تخول للفرد مكنة فرض ارادته على المجتمع وعلى الأفراد الآخرين .

وأشار ديجي إلى وجه المناقضة بين الزامه هنا بخضوع فرد الارادة وآخر وبين ما رتب عليه في القانون الوضعي بان القواعد القانونية لا تسمح بوجود حق للشخص أو التزام على عاتقه[٢] .

ويأخذ بالاجابة عن هذه المناقضة بتقديم بعض الفروض وذلك مثلاً حينما تقع جريمة جنائية فانه لا يمكن القول بوجود حق معين لا قبل ارتكاب الجريمة ولا بعد وقوعها . فحين تقع الجريمة فان أجهزة الدولة تتحرك بحثاً عن الفاعل لكي تقيم ضده دليل الادانة ثم يحكم عليه وأخيراً يطبق عليه العقاب[٣] .

فان هذه الصورة لا يمكن للشخص التمتع بالحق مع كون القانون قد جوز له اقامة الدعوى الا ان نظر القانون في علاقة الفرد مع الأفراد بان تضعه في مركز يرتبط فيه بالأفراد الآخرين في اطار من الالتزام باتخاذ موقف ايجابي أو سلبي فالقاعدة القانونية تقتضي من كل منا ان يؤدي مهمة معينة وتخوله سلطة اتخاذ الاجراءات أو القيام بالاعمال اللازمة للوفاء بتلك المهمة[٤] .

---

(١) انيسكوا رقم ٤٩ .

(٢) مطول القانون الدستوري ط ٣ ص ١٢٧ وما بعدها ج ١ الديجي .

(٣) مطول القانون الدستوري ط ٣ ص ١٥٢ ج ١ الديجي .

(٤) مطول القانون الدستوري ط ٣ ص ١٣٤ وما بعدها .

ويبدو من تعبيره ان وجود علاقة الفرد بالآخرين مما توجب الالتزام وتحمل المسؤولية من قبل الفرد في ظل القانون .

وأما نظره في المركز الموضوعي وهو الذي يتكون من دائرة القاعدة القانونية سواء حصل عن جهة مباشرة أو جهة غير مباشرة بان جاء (عن طريق عمل ارادي يحدده) .

ومن أمثلة المركز الموضوعي المالك والناخب والطفل الشرعي والزوج ففي جميع هذه الحالات يتسم المركز القانوني بانه عام ودائم شأن القاعدة القانونية ذاتها(1) .

وأما المركز الشخصي فيراه انه الذي يعكس تحقيقاً للقاعدة القانونية في حالة فردية أي هو المظهر الشخصي للقاعدة الموضوعية والمثل الواضح لهذا المركز هو ما ينشأ عن العقد ولكن لا يجوز في مثل هذه الحالة ان نتحدث عن حق للشخص لاننا لسنا بصدد سمو ارادة اخرى ولكننا في صدد مجرد واجب تفرضه القاعدة القانوينة على الطرف السلبي وهذا الأخير يندمج في علاقات النظام الاجتماعي التي تفرض عليه موضوعياً اداء بعض التصرفات والامتناع عن البعض الآخر وذات المنطق يسري بالنسبة للطرف الايجابي فالفرد المستفيد انما يتمتع بهذه الميزة نزولاً على مقتضى ما فرضه النظام القانوني(2) .

وذهب كلسن إلى انكار الحق الفردي وما يسمى بالحق ليس الا تمسكاً بان ينفذ الطرف الآخر واجبه ويكون الحق نوع تطبيق القاعدة القانونية على هذا الفرد أو ذاك الفرد .

ويبدو ان ديجي وكلسن اتجها إلى ناحية الحكم من زاوية القانون والأنظمة الاجتماعية وحصر دابان عناصر الحق في أربعة :

---

(١) مطول القانون الدستوري ط ٣ ص ١٤٧ وما بعدها .
(٢) مطول القانون الدستوري ج ١ ط ٣ ص ١٢٣ الديجي .

١ ـ عنصر الاختصاص ويراد به نسبة الحق لشخص معين ولكنه انتقد بان الاختصاص تعبير عن التملك .

٢ ـ عنصر التسلط ويتمثل في القدرة على التصرف بان التسلط لا يشترط ممارسة الحق فعلاً كالطفل لا يمارس الحق الا بعد زوال دور الطفولة بينما يرى ان تمييز التسلط هو جدية التصرف وليس الممارسة الفعلية .

٣ ـ ثبوت الحق في مواجهة الغير وهو الزام الغير باحترام الحق .

٤ ـ الحماية القانونية ويتصور ذلك من قبل المجتمع في الحفاظ على القانون .

أو يمكن القول بان عنصر التسلط وثبوت الحق في مواجهة الغير والحماية داخلة تحت عنصر الاختصاص كما يقول الدكتور حمدي أما العناصر الاخرى فهي مترتبة على العنصر الأول[1] .

تقسيم الحق

يقسم فقهاء القانون الحق الى نوعين :

١ ـ الحق العام

٢ ـ الحق الخاص

ومن القانونيين من يجعل الحق السياسي قبال الحق الشخصي ويجعل الحق المدني في قبال الحق العام .

الا ان مثل هذه المقابلة من نوع الانطباق وليست من نوع الجعل قبال الجعل ثم ان الفرق بين الحق العيني والحق الشخصي فقال عبد المنعم البدراوي في مبادى القانون رقم ١١٤ ص ٢٨٤ ان صاحب الحق العيني يمارس تسلطه على الشيء مباشرة دون وساطة من أحد ويتمتع الحق باحترام

---

(١) فكرة الحق للدكتور حمدي عبد الرحمن ص ٢٨ .

الكافة قانوناً أما الحق الشخصي فان ممارسته لا تتم الا عن طريق تدخل المدين ويكون التفرقة بحسب بيانه ان الحق العيني حق مطلق والحق الشخصي حق نسبي .

ويقسمون الحق العيني إلى اصلي وتبعي والمراد بالاصلي وهو حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه من الاستعمال والاستغلال والتصرف ومن الحقوق الاصلية ايضاً حق الانتفاع والاتفاق والحكم وحق الاستعمال وحق السكن والمقصود من التبعي كحق الدائن على المدين عند النظر إلى يسره فاذا تعنت المدين في دور الاعسار التجأ الدائن إلى القضاء .

ويستعرض علماء القانون مصادر الحق هل هي من قبل تخويل القانون على قيمة معينة عند وجود ميزة مكتسبة تطرأ على الفرد في أثناء حياته فتغير من حالته الشخصية أو المالية أم انها تلحق به منذ وجوده كالصفة الانسانية أو ارتباطه برابطة القرابة بافراد اسرته ويعبر عنها بالحقوق اللصيقة بشخص الانسان والحقوق السياسية وحقوق الاقارب ويكون القانون في هذه الحقوق مصدراً مباشراً وهي حقوق دائمة وليست عارضة .

أما الحقوق العارضة في أثناء الحياة كالرابطة الزوجية والحقوق العينية والشخصية وقد تتغير الصورة بان يصبح غير المالك مالكاً فالسبب الموجب للتغيير يسمى بمصدر الحق ويقسم إلى نوعين العمل القانوني ويعرف بانه عمل ارادي يتجه إلى احداث آثار قانونية معينة تؤدي إلى تغيير في الأوضاع القانونية القائمة والعمل الارادي قد يوجد من طرف كالوصية أو من طرفين كالعقود ويراد بالواقعة القانونية هي كل حدث مادي يرتب عليه القانون اثراً ويحدث هذا الأثر تغييراً في الأوضاع القانونية أو ينشأ وصفاً قانونياً جديداً لم يكن قائماً قبل وقوعه .

وقد تكون الواقعة حادثاً مادياً من فعل الطبيعية كهبوب العواصف

والفيضان وقد تكون من عند الخالق كالميلاد والوفاة وقد تكون الواقعة من فعل الانسان كالاعتداء على مال الغير وقد تكون اثراء على حسابه وقد تتمثل في اعتداء يقع على الكيان المادي أو المعنوي لشخص معين .

الحق في نظر علماء الامامية

تعرض فقهاء الامامية إلى جهة الفرق بين الحق والحكم وان ملاك الحكم هو منح البعث والزجر والحق ما كان مقابلاً للتكليف والوضع كذلك .

والمقصود من الحكم هو كل تكليف يحمل طابع الخطاب الالزامي أو الندبي أو يحمل طابع الزجر عن المحرمات أو المكرهات أو فيه جهة التخيير بين الفعل والترك .

والمراد من الحكم الوضعي هو ما كان مجرداً عن الاحكام التكليفية من البعث والزجر واعتبر مقابلاً للحكم التكليفي وان كان الحكم والوضع والحق اعتبارات شرعية لوجود المصلحة الا ان الحكم الوضعي اخذ بنحو المقابلة مع الحكم التكليفي كما سار على هذه النظرية صاحب المكاسب كما يقتضيه الارتكاز العرفي على اعتبارية المجموع .

محتملات الحق

١ ـ ورد الحق بحسب اللغة بمعنى الثبوت والتحقق واظهر مصاديقه على ذات الواجب سبحانه فالله حق لانه عين الثبوت والتحقق يعتور ايضاً على المثل العليا كالأنبياء والملائكة .

٢ ـ اختار الفقيه اليزدي بان الحق من نوع الملكية الضعيفة دون الملكية التامة .

٣ ـ ذهب الفقيه العراقي بان الحق من الامور الواقعية نظير الماهية للوجود ولما كان الحق نظير الوضع ومن الامور الواقعية فلا يكون امراً مقولياً .

٤ ـ سار الفقيه الاصفهاني إلى الاعتبار وقال بان الحق من الامور الاعتبارية وليس بامر مقولي[1] .

وتعتبر هذه الآراء مصادر الحق الا ان الذي نعتقده هو كون الحق من الامور الاعتبارية ولذا تجده مختلفاً بحسب الانظار وبهذا تخرج نظرية الملكية والواقعية حيث ان ملاك الملكية الضعيفة والقوية تلزم ان تقع في دائرة المقولات ولا يتناسب مع الامر الاعتباري وعرف في ميدان المقولة انها اما موجود خارجي أو حيثية موجود خارجي وهي غير صالحة للتغيير والتبديل بحسب الانظار وهكذا الحكم بالقياس إلى الواقعية كالكلية والجزئية .

أما جعل الحق بمعنى السلطنة كما اختاره الفقيه الاصفهاني فالذي يبدو ان السلطنة ليست عين الحق وانما تعطي صورة عن الملازمة للحق دون العينية .

تعريف الحق والحكم

ذكر فقهاء الامامية في تعريف الحق بانه ما كان قابلاً للاسقاط فإذا صح اسقاطه استخرج منه عنوان الحق .

وعرف الحكم بانه ما كان غير قابل للاسقاط كالولاية والوصاية والتولية .

وبهذا يكون دور نفقة الزوجة من الحق دون الحكم لانها قابلة

---

(١) رسالة الحقوق حاشية على المكاسب للاصفهاني .

للاسقاط ولذا تتولد الثمرة بناء على الحق لو تخلف الزوج عن أداء النفقة كان من حقها بيع شيء من ماله للنفقة حتى لو استقرضت من أحد لاجل النفقة وجب على الزوج تسديد الدين .

أو ان الميزان في التفرقة بين الحق والحكم ليس بالنظر إلى الاسقاط وعدمه وانما الميزان فيه لحاظ كون الحكم ما كان فيه سنخية البعث والزجر والتخيير أو ما يلحظ فيه جهة الاعتبار الخاص كالاحكام الوضعية وما لم يكن من نوع هذين الأمرين فهو الحق كما ذهب اليه جماعة .

وقد يرد على الحق اذا كان بمعنى صلاحيته للاسقاط فان بعض الحقوق قد تكون غير قابلة للاسقاط وبهذا يشترك مع الحكم ويكون في بعض المصاديق مما ينطبق عليها الحق والحكم معاً كحق الحضانة والوصاية والتولية والولاية .

والذي يستقر في ذهننا ان الحق ما كان لازمه الاسقاط وبهذا يمكن الفرق بين الحق والحكم وتكون الولاية والحضانة والوصاية والتولية من الاحكام وليس الاسقاط عين الحق بخلاف حق التحجير والشفعة وحق النفقة وحق القسمة بين الزوجات والحضانة والحيازة وحق الخيار وحق الشرط وحق الاستمتاع من الرجل بالمرأة والمضاجعة والوطء وحق النطفة للزوجة والرهانة وحق القصاص والدية فان مثل هذه ونحوها من مصاديق الحق دون الحكم لانها لازمة للاسقاط .

وقد فرق المشهور بين الحق والحكم ايضاً بصحة الاسقاط في الحق وعدمه في الحكم وان الميزان فيهما ان رجع إلى الله فليس قابلاً للاسقاط وان رجع الامر إلى العبد كان قابلاً للاسقاط .

وناقش هذه النظرية سماحة الوالد بان الميزان ليس صحة الاسقاط اذ من الجائز ان ننقل الكلام الى الحاكم والمشرع على طبق المصلحة أو الولي اذاشرعا حكما من قبل الله تعالى طبقاً للمصلحة المحققة في العمل أو المفسدة

الكائنة في الفعل حيث ان التشريع من ذات الله سبحانه لا يتوجه اذ ليس هو تعالى محل الحوادث ولذا يقع الانشاء من النبي (ص) والولي فاذا انشأ النبي (ص) أو الولي الحكم فلا يصح له اسقاط الحكم وتكون المصلحة أو المفسدة داعية إلى جعل الحكم فتعين عليه الجعل التشريعي ولا يمكن اسقاطه وان الفرق بين الحق والحكم عندنا هو ان الحكم التكليفي سنخ بعث وزجر أو تخيير واعتبار خاص كالملكية والزوجية مما يترتب على ذلك الاعتبار احكام تكليفية وكل من الحكم التكليفي والوضعي بخلاف الحقوق فانها سنخ اعتبارات اخرى ليست من احد السنخين من التكليف والوضع لمصالح تقيضها خالية عن عنوان البعث أو التخيير والوضع فليس الميزان صحة الاسقاط وعدمه اذا عممنا الحق لما يصح اسقاطه[1] .

ومما ذكرنا يتضح عدم صحة الالتزام بما اختاره الوالد وغيره بكون الحق ما تخلى عن حقيقة الباعثية والزاجرية اذ صفة التخلي لا يعطي اللوحة الواقعية للحق كما ترتسم ذلك ايضاً في صفة الحكم الوضعي فانه ايضاً مجرد عن الباعثية والزاجرية .

وانما الاثر المقارب للحق هو السقوط فيمكن ان نعرفه عن طريق اثره القريب اللازم له فاذا اصطدمنا ببعض المصاديق فلابد من عرضه على صلاحية الاسقاط وعدمه التي تستفاد من الادلة فتكون النفقة في المورد اذا اسقطتها الزوجة لزمت في حقها فلو قالت للزوج أنا أخدم نفسي ولي نفقة الخادم لا يثبت حقها عليه لكون التخيير وقع في طرف الخدمة اليه أما لو بادرت بالخدمة من غير اذن فقال في الشرائع لم يكن لها المطالبة الا ان التأمل الكامل يقتضي ثبوت الحق عليه ما لم يظهر منها الاسقاط الصريح .

---

(١) الطلاق ص ١٩٥ .

تقسيم الحق بالنظر للانتقال

ذهب الفقيه الاصفهاني إلى كون الحق اعتبارات متباينة فمثل الاسقاط وعدمه أو الانتقال والنقل وعدمها من لوازم الحق فتكون المعرفة إلى الخصوصيات عن طريق الادلة .

ويكون على مسلك الوالد وغيره ان تقسيم الحق إلى ما لايجوز فيه الانتقال والنقل وإلى ما كان قابلاً للنقل دون الانتقال وإلى ما يقبل النقل والانتقال معاً لم تكن هذه الاقسام من قبيل الجنس المنقسم إلى أنواعه المتباينة وغير المتباينة بل من نوع انقسام الشيء بلحاظ متعلقه لا بالنظر إلى أفراده وأصنافه ويكون على مسلكنا لابد من معرفة أنواع الحقوق وخصوصياتها عن طريق الادلة اذ رب حق قابل للاسقاط وليس قابلاً للانتقال كحق الخيار والشفعة وقسم من الخيار ما هو صالح للانتقال كحق الخيار للوارث وقد يكون من موارد الحق ما هو قابل للاسقاط والنقل معاً كحق التحجير .

هل الحق متأخر عن الحكم أم لا

حرر الشيخ الانصاري مسألة جعل الحكم الوضعي بانه متأخر عن الحكم التكليفي فالمجعول الأولي هو الحكم التكليفي والمجعول التبعي هو الحكم الوضعي فيكون مثل النكاح عبارة عن جواز الوطء والاستمتاع والنفقة والمضاجعة والقسمة من آثار الحكم الوضعي المنتزع من الحكم التكليفي .

وبهذا تكون مسألة الحق من آثار الحكم الوضعي المنتزع من الحكم التكليفي .

ولكن هناك نظرية معاكسة وهي عدم انتزاع الحكم الوضعي من الحكم التكليفي وليس منتزعاً منه وانما له الاصالة والاستقلال في عرض الحكم التكليفي .

وقد ناقشه سماحة والدنا بانه كيف يلتزم في جعل الحقوق وتقسيمها إلى ما يصح انتقاله وإلى ما لا يصح انتقاله وإلى ما يصح فيه جعل العوض وعدمه ثم تفسير الجميع بان الحق ما يقبل الاسقاط وهذا في الحقيقة التزام منه بجعل الحكم الوضعي للحق وحسب مبناه انكار الحكم الوضعي مطلقاً

الحق عام وخاص

يقسم الحق الى نوعين

١ ـ الحق العام

٢ ـ الحق الخاص

أما الحق العام فيراد به مطلق الثبوت ويدخل في دائرته الواجب سبحانه فيقال الله حق وهو عين الثبوت وهذا بلحاظ الوجود المطلق .

ويدخل في دائرته وجود الانبياء والملائكة وهو بالنظر إلى دائرة الممكنات فيطلق عليها الحق أيضاً .

ويدخل في دائرته كذلك الخبر فيقال للخبر حق اذا كان النظر فيه إلى جهة الصدق ويدخل في دائرته الاحكام الوضعية والتكليفية كحق الله على العباد في الطاعة وعدم العصيان وحق العباد على الله في تكليفهم بما يستطيعون عليه ولا يكلفهم بما لا سبيل على امتثاله وقدرته .

والمراد بالحق الخاص ما كان مقابلاً للحكم من البعث والزجر والتخيير أو ما يقابل الحكم الوضعي كالملكية والزوجية والرقية .

ملاحظة الآراء

نقدم وجهة نظرنا حول آراء فقهاء القانون اجمالاً .

أما فكرة الفردية والواقعية الاجتماعية فان الفردية تقوم على أساس

الحق بخلاف الواقعية فتقوم على أساس الحكم فكانت فكرة الحقية والحكمية نابعة من زاوية الفردية والواقعية الاجتماعية وهذا ليس بفارق جوهري حيث لا ينتزع الحق من الفرد ولا ينتزع الحكم من المجتمع وانما الحق ما كان صالحاً للاسقاط والحكم ما لم يكن صالحاً للاسقاط وان لم يكن الحق عين الاسقاط وانما هو ملازم له وأقرب الاثار له .

وأما الارادة فليست مقومة للحق لا بنحو الجزء للماهية ولا عينها وانما الارادة تقع بنحو الاستعداد لوجود شيء .

وأما دور القانون فاضفاؤه للحق بنحو التقرير والامضاء بجعل ذلك موجباً لمعرفة حقيقة الحق .

وليست السلطنة والمصلحة حقيقة الحق وانما هما من اثار الحق وليستا عين الحق كما يبدو من بعض فقهاء الامامية وبعض القانونيين الوضعيين .

أدلة النفقة

وردت الادلة على وجوب النفقة من الكتاب كقوله تعالى ﴿ذلك أدنى الا تعولوا﴾ (النساء ٤ ـ ٣) وقوله تعالى ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ (البقرة ٢٢٣) وقوله تعالى ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله﴾ (الطلاق ٧) وقوله تعالى ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ (النساء ١٩) وقوله تعالى : ﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم﴾ (النساء ٣٤) وقوله تعالى ﴿فامساك بمعروف أو تسريح باحسان﴾ (البقرة ٢٢٩) .

هذا بالنظر إلى الادلة القرآنية ، وأما الروايات فقد جاء عن الامام الصادق (ع) في قوله تعالى ومن قدر إلى آخر الآية ان انفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة والا فرق بينهما .

وعن أبي بصير عن الامام الباقر (ع) قال من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يواري عورتها ولم يطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الامام ان يفرق بينهما[1].

وسئل أبو عبدالله (ع) عن حق المرأة على زوجها قال يشبع بطنها ويكسو جنبها واذا جهلت غفر لها[2].

وجاء في خبر عنبسة عنه (ع) أيضاً إذا كساها ما يواري عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه والا طلقها[3].

وروى ان هند امرأة أبي سفيان جاءت إلى رسول الله (ص) فقالت ان أبا سفيان شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما آخذ منه سراً وهو لا يعلم فهل عليّ من ذلك شيء فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[4].

وروي عنه (ص) من قوله واتقوا الله في النساء فانهن عوارى عندكم اتخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف.

شروط النفقة

١ ـ العقد الدائم حيث ان النفقة تستقر على العقد الدائم دون العقد المنقطع.

٢ ـ التمكين في كل زمان ومكان فاذا حصل منها الامتناع في زمان دون زمان أو مكان دون مكان كانت ناشزاً.

وبهذه المناسبة يمكننا عرض النشوز في الديانتين.

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب النفقات الحديث ١ ـ ٢ ـ ٣.
(٢) الوسائل باب ٣٨ من أبواب النفقات الحديث ٤.
(٣) كنز العمال ج ٨ ص ٣٠٣.
(٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٠٤.

النشوز في نظر الديانتين

فقد وردت في المادة ١١٨ ـ ١١٩ ـ ٢٢٢ من مجموعة ابن شمعون وهكذا في المادة ١٤٢ من مجموعة الأقباط الأرثوذكس .

ويكون خلاصة الآراء ان الاحتباس بدون مسوغ مشروع بان رفضت السكنى معه في المنزل المستوفي الشروط أو تركت منزل الزوجية دون مبرر أو امتنعت الانتقال مع الزوج الى منزله الجديد فلا نفقة عليه .

أما اذا كان الامتناع بمسوغ من جانبها فان نفقتها الشرعية تلزمه .

وجاء في الشريعة اليهودية تفرض المادة ٧٣ من مجموعة ابن شمعون على المرأة متى زفت إلى زوجها طاعته والامتثال لاوامره ونواهيه الشرعية .

وتقوم بخدمة نفسها كما جاء في المادة ٧٤ من مجموعة ابن شمعون على الزوجة خدمة زوجها بشخصها مادامت تلك الخدمة لا يهينها بها وان تقوم بنفسها بخدمة البيت والرضاعة مادامت هي وزوجها فقيرين راجع المادة ٧٨ أما اذا كان الرجل موسوراً أو كانت الزوجة دخلت له بمال غير يسير فلا يلزمها القيام بخدمة البيت الا بقدر ما ينبغي راجع المادة ٧٧ أيضاً .

وللرجل الحق ان ينهى امرأته عن أشخاص معينين فاذا خالفت وثبت اختلاؤها بأيهم ومكثها معه وقتاً كان ذلك سبباً في تحريمها على زوجها وفقد حقوقها راجع المادة ٨٨ لابن شمعون وله حق ان يمنعها من ارضاع غير ولده باجر راجع المادة ٨١ وتنص المادة ١٧٧ ـ ١٧٩ ـ ٢٢٥ ـ اذا خالفت المرأة زوجها عدت مخالفة للشرع والادب وسقطت حقوقها .

وتشير شريعة القرائين على هذا النهج ايضاً .

وجاء عن لسان بولس الرسول ان تبلغ المرأة من الطاعة مبلغ طاعة ربها حين قال أيها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب لان الرجل هو رأس

المرأة كما ان المسيح ايضاً هو رأس الكنيسة وفي شريعة الاقباط تنص المادة ٤٤ على المرأة طاعة زوجها فيما له عليها من حقوق الزوجية أن تسكن مع زوجها وان تتبعه اينما سار لتقيم معه في أي محل لائق يختاره لاقامتها «وان تحافظ على ماله» وان «تعتني به وباولاده وتلاحظ شؤون بيته» .

نظرة التشريع الاسلامي في النشوز

تعرض فقهاء الامامية بان النفقة هل تجب بالعقد كما في المهر أو تجب بالعقد منضماً مع التمكين .

ذكر في المسالك كما نقله في الجواهر الظاهر في اختصاص الامر بالانفاق بما تقتضيه العادة وليس مقتضياتها الوجوب إلا بعد التمكين كما هو المشاهد من أهلها فانهم ينكحون ويتزوجون من غير انفاق إلى الزفاف مع عدم اختلاف من الزوجات وفعلهن فيه مع الأزواج المستمرين وربما يؤخذ ذلك أيضاً من المسلمين اجماعاً .

وعلينا ان نتابع الادلة في هذا الميدان في حقية الزوج على الزوجة كما ورد ان منه ان تطيعه ولو كانت على ظهر قتب[1] وان تلبس أحسن ثيابها وتتطيب بأحسن طيبها وتعرض نفسها عليه كل غدوة وعشية وان لا تخرج من بيته بغير اذنه[1] أو سقوط نفقتها عند خروجها من بيته بغير اذنه[2] .

والظاهران التفويت من قبلها وعدم الطاعة موجب لعدم النفقة ويكون مقتضاه اثبات جهة الشرطية ولاسيما بالنظر إلى خروجها من غير اذنه فان الرواية فيها دلالة على سقوط نفقتها .

---

(١) الوسائل باب ٧٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ ـ ٢ ـ ٣ .
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب النفقات .

أما اذا كانت النفقة ناشئة بسبب العقد فيكون الخروج عن بيته من غير اذنه مانعاً عن وجوب النفقة .

وجاء في القواعد الأول في الشرط انما تجب النفقة بالعقد الدائم مع التمكين التام فلا تجب بالمتعة ولا لغير المكنة من نفسها كل وقت في أي موضع اراد فلو مكنت قبلاً ومنعت غيره سقطت نفقتها وكذا لو مكنته ليلاً أو نهاراً أو في مكان دون آخر مما يجوز فيه الاستمتاع .

وهل تجب النفقة بالعقد بشرط عدم النشوز أو بالتمكين فيه اشكال وكأنه يشير إلى جهة المانعية والشرطية .

والذي يبدو اولاً ان بعض الروايات ظاهرة في الشرطية بحيث اذا انتفى من قبلها التمكين انتفت النفقة وبهذا لا يكفي مطلق التمكين بل يحتاج إلى التمكين التام وبهذا تخرج الزوجة الصغيرة عن دائرة النفقة وعند الشك الاصل البراءة وكذا لو كان الزوج صغيراً وهي كبيرة فالتمكين من طرفها لا يكفي ما لم يتم الفعلية من الجانبين حتى ذكر انه من ثمرات الخلاف ما لو تنازعا في النشوز وعدمه فان عليه بينة النشوز على القول بكونه مانعاً لان الاصل معها وهو وجوب النفقة وانتفاء المانع . .

وعلى القول الآخر عليها اقامة البينة على التمكين لان الاصل معه .

وبما ذكرنا من الشرطية ذهب في التحرير إلى انه لابد ان تقول سلمت اليك نفسي في كل زمان ومكان شئت في التمكين التام الذي هو شرط النفقة .

وفي كشف اللثام لانه لا يتحقق بدونه الا ان يكتفي بالتمكين مرة مع الوثوق أو بالوثوق وان لم يحصل التمكين وان بعد الفرض .

وفي المسالك قال أعلم أن الظاهر من كلام المصنف وغيره بل صرح به

بعضهم ان التمكين لا يكفي حصوله بالفعل بل لابد من لفظ يدل عليه من قبل المرأة بان تقول سلمت نفسي اليك حيث شئت أو أي زمان شئت ونحو ذلك فلو استمرت ساكتة أو مكنته من نفسها بالفعل لم يكف في وجوب النفقة ولا يخلو ذلك من اشكال ولكن الكل غير صالح للشرطية كما سنذكره بعد .

حقيقة النشوز

تتصور حقيقة النشوز على ثلاثة أنحاء :

١ ـ عدم التمكين من المقاربة .

٢ ـ عدم الطاعة مطلقاً .

٣ ـ عدم الطاعة في الجملة .

وعند ملاحظة الأدلة نجدها قد عبرت عن النشوز بالخروج عن الطاعة وعدم التمكين في الاستمتاع .

أو أن المدار في الجمع بين التمكين والطاعة كما هو الظاهر فلا تكون حقيقة النشوز منحصرة في اطار التمكين وانما تشمل غيره كالخروج من منزله من غير رضاه ولكن لا تكون مسلوبة الحرية وانما الميزان على ما يعتبر عند العقلاء مخالفاً أو ما منعه الشارع من التصرفات كالهبة من مالها والاعطاء أو الوقف من مالها فان اذن الزوج لابد منه كما ورد ان تطيعه ولا تعصيه ولا تتصدق من بيته الا باذنه ولا تصوم تطوعاً الا باذنه ولا تمنعه نفسها ولو كانت على ظهر قتب ولا تخرج من بيتها الا باذنه[1] ولو إلى أهلها ولو لعيادة والدها أو في عزائه[2] وان تطيب بأطيب طيبها وتلبس أحسن ثيابها وتتزين بأحسن زينتها وتعرض نفسها غدوة وعشية[3] بل ليس للمرأة أمر مع زوجها

(١) الوسائل باب ٧٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٧٩ من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٩١ من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ .

في عتق ولا صدقة ولا تدبير ولا هبة ولا نذر في مالها الا باذن زوجها الا في حج أو زكاة أو بر والديها أو صلة قرابتها[1] .

وليس النشوز متوقفاً على حقيقة الشرطية والمانعية كما ذهب اليه الشهيد الثاني في المسالك والقواعد وكشف اللثام .

وأدلة الشرطية قاصرة كما ذكره في الجواهر قال والتحقيق انه ليس في شيء مما ذكرناه وذكروه من أدلة التمكين ما يقتضي اعتباره شرطاً على وجه تتفرع عليه الفروع التي ذكروها المعلوم توقفها على دليل يدل على شرطيته بقول مطلق وأقصى ما يستفاد من نصوص الطاعة وحقية الزوج انه لا نفقة لها مع انتفاء الطاعة الذي يتحقق بنشوزها وتقصيرها في تأدية حقه وجاء الاسلام إلى ناحية التأديب فأول مرحلة لها أمرها بالوعظ واذا رأى منها الدوام في النشوز حول بظهره عنها في المضجع وبعده يعتزلها وبعد الهجران في الكلام إلى ثلاثة أيام لقوله (ص) لايحل لمسلم ان يهجر أخاه في الكلام فوق ثلاث وبعده الضرب كما تشاهد الآية الكريمة في نوع هذا الترتيب في قوله تعالى ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن وهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾ .

أما لو نشز الزوج بمنع حقوقها فللحاكم الشرعي اجباره .

ثبوت النفقة للمطلقة الرجعية

ليعلم لديك أن حقيقة المطلقة الرجعية هل هي زوجة حقيقة أو انها خارجة عن الزوجية ولكن الشريعة الاسلامية جعلتها بحكم الزوجة .

والظاهر من الأدلة ان الزوجية مستقرة وليست زائلة بواسطة الطلاق والشارع جعلها بحكم الزواج وانما هي زوجة حقيقة ولذا في صورة اللمس أو التقبيل عند القصد إلى الرجوع تكون محققة لذلك التعليق العارض أو

(١) الوسائل باب ١٧ من كتاب الوقوف والصدقات حديث ١ .

بينونة بنحو الاقتضاء كما عبر عنه الوالد في الطلاق وعلينا اذاً ان نذكر الروايات في وجوب النفقة :

١ ـ خبر زرارة عن أبي جعفر (ع) ان المطلقة ثلاثاً ليس لها نفقة على زوجها انما ذلك للتي لزوجها عليها رجعة[١] .

٢ ـ صحيح سعد بن أبي خلف سألت أبا الحسن موسى (ع) عن شيء من الطلاق فقال اذا طلق الرجل امرأته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة فقد بانت منه ساعة طلقها وملكت نفسها ولا سبيل له عليها اطلاقاً وتعتد حيث شاءت ولا نفقة لها قال قلت اليس الله يقول لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن قال فقال انما عني بذلك التي تطلق تطليقة بعد تطليقة فتلك التي لا تخرج ولا تخرج حتى تطلق الثالثة فاذا طلق الثالثة فقد بانت منه ولا نفقة لها والمرأة التي يطلقها الرجل تطليقة ثم يدعها حتى يحل أجلها فهذه أيضاً تعتد في منزل زوجها ولها النفقة والسكنى حتى تنقضي عدتها[٢] .

٣ ـ خبر علي بن جعفر (ع) عن أخيه موسى (ع) المروي في قرب الاسناد سألته عن المطلقة ألها نفقة على زوجها حتى تنقضي عدتها قال نعم[٣] .

٤ ـ عن أبي جعفر (ع) المطلقة تشوق زوجها ما كان له عليها رجعة ولا يستأذن عليها[٤] .

٥ ـ وخبر زرارة عن أبي عبدالله (ع) المطلقة تكتحل وتختضب وتلبس ما شاءت من الثياب فان الله تعالى يقول لعل الله يحدث بعد ذلك امراً[٥] .

---

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب النفقات حديث ١ ـ ٢ .
(٢) الوسائل باب ٨ من أبواب النفقات حديث ١٢ .
(٣) الوسائل باب ٨ من أبواب النفقات حديث ١١ .
(٤) الوسائل باب ٢١ من أبواب العدد حديث ٤ .
(٥) الوسائل باب ٣٨ من أبواب العدد حديث ٢ .

ومن مجموع هذه الروايات يمكنك الاستفادة بالزام النفقة للمطلقة الرجعية إلى نهاية العدة لخروجها عن العلقة .

أما المطلقة البائنة أو المطلقة ثلاثاً فلا نفقة على الزوجة كما ورد عن أبي بصير عن أبي عبدالله (ع) سأل عن المطلقة ثلاثاً ألها سكنى أو نفقة قال حبلى هي قلت لا قال لا[1] .

نفقة الحمل أو الحامل

اذا وقع الطلاق بائناً وكانت حاملاً ذهب الشيخ في المبسوط وتبعه جماعة وذهب الحدائق ونسبه إلى الأكثر ان النفقة تكون للحمل .

وذهب الشرائع بان لو كانت المطلقة حاملاً لزمه الانفاق عليها حتى تضع وكذا السكنى .

وقال الجواهر بلا خلاف أجده فيه أيضاً بل الاجماع بقسميه عليه كالنص كتاباً وسنة .

وذهب القواعد إلى ان ثبوت النفقة للحامل البائنة بالفسخ على اشكال وكذا ذهب كشف اللثام وقال انه (قلنا تكون النفقة للحمل والا ففيه اشكال) .

وعلينا أن نستعرض ادلة والاستفادة منها خبر الكناني عن أبي عبدالله (ع) اذا طلق الرجل وهي حبلى انفق عليها حتى تضع حملها[2] .

---

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب النفقات حديث ٣ .
(٢) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥ .

وعن أبي عبدالله (ع) الحبلى المطلقة ينفق عليها حتى تضع حملها[1].

وخبر محمد بن قيس عن أبي عبدالله (ع) الحامل أجلها ان تضع حملها وعليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها[2].

والذي يستفاد من هذه الروايات كون النفقة للحامل لا للحمل لان التعبير من قبل الامام (ع) ينفق عليها وان كان سبب الانفاق الحمل هذا مع أنه لا مورد لنفقة الولد قبل وجوده وليس في هذه الأخبار عموم للولد وللحامل اذ التعبير منه (ع) عليها وهو خاص للحامل.

وذكر الشرائع في ثمرة التفرقة بين نفقة الحامل أو الحمل فيما اذا تزوج بامة وشرط مولاها رق ولدها فبناءً على جواز الاشتراط لا نفقة على المتزوج اذا ظهرت حاملاً لكون النفقة على عاتق المولى لرقية الولد أما لو كانت النفقة للحامل فالنفقة على الحر المتزوج تلك الأمة وكذا لو تزوج العبد أمة أو حرة وشرط مولاه الانفراد برق الولد.

وتعرض الجواهر من جملة الثمرات فيما اذا لم ينفق عليها حتى مضت مدة أو مجموع العدة فلا قضاء عليه على الأول لان نفقة الاقارب لا تقضى بخلافه على الثاني فان نفقة الزوجة تقضي.

ومنها فيما لو كانت ناشزاً وقت الطلاق أو نشزت بعده فان المتجه السقوط على الثاني لما عرفت من كون نفقة المطلقة كالزوجة تثبت حيث تثبت وتسقط حيث تسقط بخلافه على الأول الذي لا مدخلية للنشوز وعدمه[3].

ولكن بعد ما اتضح لديك ان المقام في النفقة للحامل بمقتضى ظهور تلك الروايات فالثمرة واضحة المقصود.

---

(١) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب النفقات حديث ٣.
(٣) الجواهر ج ٣١ ص ٣٢٢.

وأما لو توفي زوجها عنها قبل العدة فالمشهور بين علماء الامامية انه لا نفقة لها وقد ذكر الرياض الشهرة المطلقة .

كما جاء في خبر زرارة في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال[١] لا .

وفي صحيح ابن مسلم عن احداهما (ع) بعد ان سئل عن المتوفى عنها زوجها لا ينفق عليها من مالها[٢] .

وجاء في خبر حسن الكناني في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة قال لا[٣] .

وفي صحيح الحلبي أو حسنه في الحبلى المتوفى عنها زوجها انه لا نفقة لها[٤] .

وان جاء ما يعارض هذه الروايات كما في خبر الكناني المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذي في بطنها الا انها مشتركة بين الثقة والضعيف لان في سندها محمد بن الفضيل .

وأما خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي (ع) نفقة الحامل المتوفى عنها زوجها من جميع المال حتى تضع فقد حمل على المطلقة قبل الوفاة أو على نصيب الولد فان له من جميع المال نصيباً أو لعدم معرفة حصته بكونه ذكراً أو انثى أو محمول على التقية .

ويمكن أن يرجع هذا الفرع إلى الثمرة بين نفقة الحمل أو الحامل فعلى ثبوت النفقة للحمل فلا تسقط النفقة وعلى كون النفقة للحامل تسقط .

---

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ٩ من أبواب النفقات حديث ٤ .

تحديد النفقة

أشرنا اجمالاً إلى تحديد النفقة والكلام في دور التفصيل .

قال الشرائع وأما قدر النفقة فضابطه القيام بما تحتاج المرأة اليه من طعام وادام وكسوة واسكان واخدام وآلة الادهان تبعاً لعادة أمثالها من أهل البلد قال الجواهر للاصل واطلاق الأوامر بالانفاق كتاباً وسنة .

أما بالنظر للأدلة فقد روي عن صحيح شهاب بن عبد ربه قلت لأبي عبدالله (ع) ما حق المرأة على زوجها قال يسد جوعتها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهاً فاذا فعل ذلك فقد أدى والله اليها حقها قلت فالدهن قال غباً يوم ويوم لا قلت اللحم قال في كل ثلاثة أيام مرة فيكون في الشهر عشرة مرات لا أكثر من ذلك والصبغ في كل ستة أشهر ويكسوها في كل سنة أربعة أثواب ثوبين للشتاء وثوبين للصيف ولا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثة أشياء دهن الراس والخل والزيت ويقوتهن بالمد فاني أقوت به نفسي وعيالي وليقدر لكل انسان منهم قوته فان شاء اكله وان شاء وهبه وان شاء تصدق به ولا تكون فاكهة عامة الا أطعم منها عياله ولايدع ان يكون للعبد عندهم فضل في الطعام ان ينيلهم من ذلك شيئاً لا ينيلهم في سائر الأيام[١] .

وورد بأن حق المرأة على الرجل أن يشبع بطنها ويكسو جنبها[٢] .

وعندما تشاهد الصحيحة بالقياس إلى الرواية الثانية فالأولى قد حملت على الندب أو ما جرى عليه العرف كما هو الأولى .

أما تقدير الطعام فذهب الشيخ في الخلاف إلى تحديده بمد للرفيعة والوضيعة من الموسر والمعسر مستدلاً بالاجماع .

---

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب النفقات .

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب النفقات حديث ١ .

وذهب في كتابه المبسوط بالتفرقة بين المعسر والموسر فقدر الطعام بمد للمعسر وبمدين للموسر ومد ونصف للمتوسط كما سار عليه المذهب الشافعي .

وذهب آخرون إلى عدم التحديد واقتصروا على سد الخلة كما سار عليه المشهور .

جنس الطعام

قد بين صاحب الجواهر جنس الطعام بقوله وأما جنسه فقد قيل أن المعتبر فيه غالب قوت البلد كالبر في العراق وخراسان والأرز في طبرستان والتمر في الحجاز والذرة في اليمن لان شأن كل مطلق حمله على المعتاد وأنه من المعاشرة بالمعروف وان اختلف الغالب باختلاف الناس اعتبر حالها .

وذهب الشيخ في المبسوط إلى انه يعتبر بغالب قوت أهل البلد وينظر إلى غالب قوته وذهب في المسالك انها ترجع فيما تحتاج اليه من طعام وجنسه من البر والشعير والتمر والزبيب والذرة وغيرها والادام والسمن والزيت والشيرج واللحم واللبن والكسوة من القميص والسراويل والمقنعة والجبة وغيرها وجنسها من الحرير والقطن والكتان والاسكان في دار أو بيت لائقين والاخدام اذا كانت من أهله من ذوي الحشمة والمناصب المرتفعة وآلة الادهان التي تدهن به شعرها أو ترجله من زيت أو شيرج مطلق أو مطيب بالورد أو البنفسج أو غيرها مما يعتاد لامثالها والمشط وما يغسل به الرأس من السدر والطين والصابون على حسب عادة البلد ونحو ذلك مما تحتاج اليه في عادة أمثالها من أهل بلدها وأن اختلفت العادة ترجع إلى الأغلب ومع التساوي فما يليق منه بحاله .

والذي نلحظه من الأدلة هو الرجوع إلى عادة أمثالها كما دلت الآية بقوله سبحانه ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ (النساء ١٩) وقوله ﴿رزقهن

وكسوتهن﴾ (البقرة ٢٣٣) أو المروي عن قوله (ع) وستر عورتها وسد جوعتها بما كان النظر فيه لدى اقرانها والميزان في ذلك كله الى العرف سواء كان في ناحية جنس الطعام أم في الكسوة أم في الفراش أم آلة التنظيف وآلة الطبخ ونحوها .

اخدامها

ان كانت من ذوي الخدمة فلابد أن يقوم الزوج بنفقة الخدمة والميزان في ذلك إلى العرف ولا يختص الاخدام الا في صورة الشريفة في بيتها أو من أهل الثراء بل يشمل المريضة والعاجزة وكان موسراً ودليل الاخدام الآية الكريمة في الامر بالعشرة الحسنة وللعرف .

وان لم تكن من ذوي الاخدام قامت بخدمة نفسها من غير نظر إلى حالة الزوج بحسب يسره أو عسره .

ولو كان لها خادم في بيت أبيها فالزوج مخير بالانفاق عليه وبين ابتياعه واستأجار أمة أو حرة أو يقوم بالخدمة لها بنفسه وان خالف الفاضل في ذلك وقدم اختيارها لجواز كون ما تختاره أقوم بخدمتها ولاحتشامها الزوج عن الخدمة .

ولو كان لها عدة خدم فلا يلزم الزوج بأكثر من واحد لانه يحصل الغرض بواحد وان أوجب بعض العامة التعدد احداهما خارج الدار وآخر للداخل .

وعن بعضهم أوجب لمن كانت شريفة زفّت اليه مع جوار كثيرة الانفاق على الجميع .

المسكن للزوجة

قال في الجواهر السابع السكنى وعليه ان يسكنها دارا يليق بها أما بعارية أو اجارة أو ملك[1] ولقوله تعالى ﴿اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن﴾ (الطلاق ٦) .

وقال الشهيدان في الروضة والمسكن يتبع عادة أمثالها في بلد السكنى لا في ببيت أهلها ولها من مشاركة غير الزوج في المسكن بأن تنفرد ببيت صالح لها ولو في دار ولا بدار لما في مشاركة غيره من الضرر .

فالرجوع إلى عادة أمثالها من حيث الشرف والمكانة أو الضعة والتقدير في ذلك عند العرف كما ان عدم مشاركة الغير لها لان المحل يكون من توابع نفقتها ولا يصح للغير المشاركة في حقها الاختصاصي لها .

ملكية النفقة

ذهب في كشف اللثام إلى عدم ملكية النفقة وانما الواجب على الزوج البذل والاباحة وقال الشرائع الزوجة تملك نفقة يومها مع التمكين .

وقال الجواهر انه اذا قبضتها كانت ملكاً لها لقوله (ع) في صحيح شهاب المتقدم وليقدر لكل انسان منهم قوته فان شاء أكله وان شاء وهبه وان شاء تصدق به[2] .

والذي نعتقده انها تملك النفقة بمقتضى صحيح شهاب فان جعل الاشاءة بيدها أو التصدق به يقتضي الملكية دون الاباحة هذا مع انها عند

---

(١) الجواهر ج ٣١ ص ٣٣٦ .
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب النفقات حديث ١ .

التمكين بناءً على الشرطية مما يوجب التمليك كما ان مجرد القبض موجب للملكية من غير ملاحظة الاستمرار إلى آخر اليوم .

اطلاق النفقة

تطلق كلمة النفقة على الماكول والمشروب والكسوة والاخدام والمسكن وليس بين هذه الأمور تبعية وانما هي مصاديق لحقيقة مفهوم النفقة ولا تطلق على أحد هذه المعاني من باب الوضع الحقيقي والتبعية من باب المجاز .

والذي نلحظه من شريعة الديانتين اعتبار الاصالة للسكنى والذي نتأمله ان هذه الأمور معاني حقيقية لمفهوم النفقة .

نشوز الرجل

يمكن تصوير نشوز الرجل كما جاء عن فقه السنة للسيد سابق مجلد ٢ ص ٣٠٧ اذا خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه أما لمرضها أو لكبر سنها أو لدمامة وجهها فلا جناح عليها ان يصلحا بينهما ولو كان في الصلح تنازل الزوجة عن بعض حقوقها ترضية لزوجها لقول الله سبحانه ﴿وان امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينها صلحاً والصلح خير﴾ (النساء ١٢٨) وروى البخاري عن عائشة قالت في هذه الرواية هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول أمسكني ولا تطلقني وتزوج غيري فانت في حل من النفقة علي والقسمة لي .

الاهمية في الانفاق

الذي نلحظه من خلال الأدلة أن نفقة الزوجة مقدمة على نفقة الأقارب حيث انه مع فقره وغناها لابد من الانفاق عليها لانها من نوع الدين فلابد

من استيفائها كما يقول الشهيد الثاني بانها حق مالي وجب في مقابلته الاستمتاع فكانت كالعوض اللازم في المعاوضة فتكون النفقة مستقرة في الذمة .

أما نفقة الأقارب فتأتي عن طريق المواساة وسد الخلة فهي غير صالحة للتمليك والاستقرار في الذمة كما في نفقة الزوجة وقال في الجواهر ثم الزوجة ثم الأقارب .

ويقول الشهيد الأول ويشترط في المنفق أن يفصل ماله عن قوته وقوت زوجته وعلى هذا تكون الاهمية في الانفاق في جانب الزوجة وبعدها إلى الأقارب والأقارب أيضاً متفاوتة بحسب الأقرب فالاقرب لقوله تعالى ﴿أولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ (الأنفال ٧٥) ويكون الأقرب اولى بالمعروف .

قال في الجواهر فالابوان والأولاد المتساوون في الدرجة مقدمون على غيرهم فان فضل فللاجداد وأولاد الأولاد وهكذا يتساوى الواقعون في درجة قريبة أو بعيدة في النفقة فاذا فضل عن الأدنى درجة ارتقى إلى الأبعد وان لم يفضل اقتصر على الأدنى[١] .

ويمكن الاستدلال أيضاً بالاقربية بما روي عن أمير المؤمنين (ع) خذوا بنفقته أقرب الناس منه في العشيرة كما ياكل ميراثه[٢] وقد حملها الشيخ في المبسوط على الاستحباب أو لم يكن وارث غيره .

وظاهر الرواية التمسك بالاقرب إلى الميراث فتجب على العمودين الآباء والأبناء كما روي عن حريز قلت لأبي عبدالله (ع) من الذي أجبر عليه وتلزمني نفقته فقال الوالدان والولد والزوجة[٣] .

---

(١) الجواهر ج ٣١ ص ٢٨٦ .
(٢) الوسائل باب ١١ من أبواب النفقات حديث ٤ .
(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب النفقات حديث ٣ .

ولا يتنافى في الاهمية في تقديم الزوجة كما بينا لان المقام في بيان أصل التشريع لافي مقام الترتيب في الانفاق كما يدل على ذلك بما روي عن محمد بن مسلم قلت لأبي عبدالله (ع) من يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه قال الوالدان والولد والزوجة[1].

(١) الوسائل باب ١١ من أبواب النفقات حديث ٥ .

تـــعـدد الـزوجـات:

- في الديانة اليهودية.
- في الشريعة الاسلامية.
- قسمة الزوجات.
- مستثنيات القسمة.

تعدد الزوجات في شريعة اليهود

ورد في سفر القضاة الفصل الثامن ٣٠ وصار لجدعون سبعون ابناً خرجوا من صلبه لانه تزوج نساء كثيرة .

ويستفاد من تعبير التوراة بكثرة النساء الدلالة على صحة تعدد الزوجات .

وبهذا يحدثنا الدكتور محمد شكري سرور في كتابه نظام الزواج قال أما عن تعدد الزوجات الذي أباحه التلمود فيؤكد بعض الشراح أنه بالرغم من أن هذا الأخير قد خفض عدد الزوجات الشرعيات إلى أربع فان الأغنياء فقط هم الذين كانوا يعددون زوجاتهم أما الآخرون فلم يفعلوا ذلك الا نادراً[1] .

أما بحسب الديانة المسيحية فلم يثبت لديهم صحة التعدد بل ان أصل وجود الزواج لم يكن واجباً كما في الديانة اليهودية فلا تذهب إلى التعدد وقررت مبدأ واحدية الزوجة ونهت عن التسري كما ورد في شريعتهم لا يباح لاحد ان يتمسك بسرية في منزله اذ لا فرق بين التسري وبين الزنا . . واذا قيل ان داود وسليمان قد اتخذا لهما سراري وعاشا بين الحرير والنعم فذلك كان في الزمن الخالي راجع في ذلك ابن العسال المجموع الصفوي الباب ٢٥ من ٢٢١ .

(١) نظام الزواج للدكتور محمد شكري سرور ص ٦١ ـ ٦٢ .

تعدد الزوجات في الشريعة الاسلامية

جاء الحكم بتعدد الزوجات في الشريعة الاسلامية وحدده باربع نسوة واشترط العدالة من قبل الزوج بين الزوجات كما ورد في القرآن بقوله تعالى ﴿وانكحوا ما طاب من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ .

وقال سبحانه ﴿ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة وان تصلحوا وتتقوا فان الله كان غفوراً رحيماً﴾ (النساء ١٢٩) .

وورد في صحيح البخاري باب لا يتزوج أكثر من أربع لقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع وقال علي بن الحسين يعني مثنى أو ثلاث أو رباع .

عن عائشة فان خفتم الا تقسطوا في اليتامى قالت اليتيمة تكون عند الرجل هو وليها فيتزوجها على مالها ويسيء صحبتها ولا يعدل في مالها فليتزوج من طاب له من النساء سواها مثنى وثلاث ورباع[١] .

قسمة الزوجات

يراد بقسمة الزوجات القسمة ما بين الليالي لهن وهي من جملة الحقوق للزوجة يمكن اسقاطها والمصالحة عليها وليست من الأحكام التي لا تصلح للاسقاط على الوجوه التي استعرضناها ويجوز المصالحة عليها وتقابل بالمال لان مثل عنوان القسمة وان كانت من الحق الا انه يصح مقابلته بالمال كما في النفقة وان كان ليس كل حق يقابل بالمال الا ان المورد يصح مقابلته بالمال لما روي عن علي بن جعفر عن أخيه (ع) بقوله اذا طابت نفسها واشترى منها ذلك فلابأس[٢] .

(١) صحيح البخاري ج ٦ ص ٣٧ ط بمبي .
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب القسم والنشوز حديث ٢ .

وعن زرارة قال أبو جعفر (ع) في حديث من تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة والقسمة ولكنه ان تزوج امرأة فخافت منه نشوزاً وخافت أن يتزوج أو يطلقها فصالحت من حقها على شيء من نفقتها أو قسمتها فان ذلك جايز لابأس به[1] .

وظاهر الرواية الأولى يعطي المصالحة دون البيع والشراء فان البيع لا يتحقق الا على الاعيان ولها حق المطالبة بالعوض ولو أوهبت حقها واسقطته للزوج لا يلزم قبوله وانما له الخيار بين القبول والرد لكون الحق مشتركاً بينهما .

والقسمة حق على الزوج سواء كان حراً أم عبداً ولو كان غنياً أو خصياً لان المناط فيها المعاشرة بالمعروف واجراء العدالة فيما بينهن .

وذكر في الشرائع وكذا لو كان مجنوناً يقسم عنه الولي بان يطوف به عليهن أو يدعوهن اليه ولو أفاق المجنون فذهب المشهور إلى القضاء وفي المسالك لو قيل بعدم الوجوب كان وجهاً لان المجنون غير مكلف والقضاء تابع للتكليف بالفعل أو ثابت بأمر جديد وهو منتف هنا .

وأجاب الجواهر ان قضاء ذلك من تأدية الحق الثابت في ذمة المجنون بحكم خطاب الوضع كالدين ونحوه .

والذي نرتئيه هو ذلك لان المجنون مطالب بحق وليس مطالباً بحكم حتى يكون من نوع الأمر بخطاب جديد كما في موارد القضاء الذي اخترناه في محله ان القضاء تابع بأمر جديد وليس بنفس الخطاب الأداتي ولا يفرق الحال بين كونه مجنوناً أو كانت احداهن مجنونة لان الحق مشترك بين الزوج والزوجة وان استظهر البعض سقوط الحق من جانبها اذا لم يكن لها شعور تنتفع بالقسم وتستأنس بوجود الزوج عندها الا انه لا دليل على السقوط أو كون الحق من طرف الزوج فان حقه ثابت ولا يسقط ولو كانت مجنونة لأمكان الاستمتاع بها .

أما الأدلة في الروايات منها ما ورد عن ابراهيم الكرخي سألت أبا عبد الله(ع) عن رجل له أربعة نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن واذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا اثم قال انما عليه ان يكون عندها في ليلتها ويظل عندها في صبيحتها وليس عليه أن يجامعها اذا لم يرد ذلك(١) .

ومنها خبر سماعة سألته عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها هل يحل له أن يفضّل واحدة على الأخرى قال يفضل المحدثة حدثان عرسها ثلاثة أيام اذا كانت بكراً ثم يسوي بينهما بطيبة نفس احداهما للاخرى(٢) .

وعن الحلبي عن أبي عبدالله (ع) قال سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان احداهما أحب اليه من الأخرى له ان يفضل احداهما على الأخرى قال نعم يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربع(٣) .

وعن ابن سالم عن أبي عبد الله (ع) في الرجل يتزوج البكر قال يقيم عندها سبعة أيام(٤) .

وعن عتبة الهاشمي قال سئلت أبا الحسن (ع) عن الرجل تكون له امرأتان يريد أن يؤثر احداهما بالكسوة والعطية ايصلح ذلك قال لابأس واجهد في العدل بينهما .

وعن هشام بن الحكم في حديث انه سأل أبا عبدالله (ع) قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة قال يعني في النفقة وعن قوله تعالى ولن تستطيعوا ان تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة يعني في المودة .

(١) الوسائل باب ٥ من أبواب القسم والنشوز حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب القسم والنشوز حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٩ من أبواب القسم والنشوز حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب القسم والنشوز حديث ٣ .

هذه مجموعة من الروايات يمكن الاستفادة منها على توزيع الليالي فيما بين الزوجات الاربع في السويه الا انك تشاهد من خلال الروايات احكاماً اخرى :

١ ـ المصالحة على القسمة والاسقاط كما في رواية زرارة السابقة .

٢ ـ عدم المس كما في رواية ابراهيم .

٣ ـ يفضل بعض الليالي على احداهن ما لم يكن اربعاً وللحرة ليلتان وللامة ليلة كما ورد في رواية الحلبي .

٤ ـ سبعة ليالي للبكر وللثيب ثلاثة ليالي على المشهور لصحيح محمد بن مسلم وصحيح ابن أبي عمير ولهشام بن سالم .

٥ ـ وجوب المساوات بين الزوجات في القسم دون المودة كما في رواية هشام بن الحكم .

٦ ـ وتسقط القسمة بالسفر وذكر الشرائع التفصيل بين سفر النقلة والاقامة وبين سفر الغيبة ويراد بالنقلة الانتقال من مكان لآخر وسفر الاقامة وهو الذي تحصل الاقامة فيه كما ذكره الجواهر وأما سفر الغيبة فهو خاص للتجارة مع عدم وجود الاقامة متخللة فيه .

وقال في القواعد ولو سافر للنقلة وأراد نقلهن فاستصحب واحدة قضى للبواقي وان كان بالقرعة لان سفر النقلة والتحويل لا يختص باحداهن أي فهو في حكم الاقامة وعليه نقل الكل فاذا خص واحدة قضى للبواقي .

وان كان الذي نعتقده عدم الفرق بين النقلة والغيبة لعدم الدليل على الفرق في عدم القضاء وللاصل في عدم التفصيل .

مستثنيات القسمة

يستثنى من القسمة الصغيرة والناشزة وقال الجواهر فلا أجد فيه خلافاً وأما المجنونة المطبقة فذكر في الشرائع انها من جملة المستثنيات فقال لا قسمة للصغيرة ولا للمجنونة المطبقة والظاهر عدم سقوط حقها من غير فرق بين الاطباق والادوار وكونها مسلوبة العقل أو تؤذي لا يرفع عنوان الحق في جانبها .

أما المسافرة بغير اذن زوجها ان كان السفر لواجب كالحج فالقضاء محقق بعد الرجوع أو كان السفر باذنه فكذلك يجب القضاء ولم يسقط حقها .

وأما في صورة سفرها بغير اذنه فقد ضيعت حقها بنفسها وفوتت حق الاستمتاع بها فتكون داخلة في دائرة النشوز .

ولا يحق للزوج زيارة الضرة في ليلة ضرتها الا لمرض وان استوعب الوقت كله الا انه يجب عليه القضاء ويتبع ذلك إلى خصوصية المرض .

وذكر من جملة المستثنيات زيارة الاجنبي فانه لا قضاء علي الزوج الا انه لا يخلو من مناقشة لان الزيارة ان كانت مستوعبة يوجب ظلماً في حق الزوجة .

ومن جملة المستثنيات الليلة السابعة والثالثة السبعة للبكر والثلاث للثيب والميزان في الزواج بهن الدخول دون مجرد زوال الحشمة أو الانس بهن .

الــزواج الــمــؤقــت:

- في الديانتين.
- في الشريعة الاسلامية.
- تناقض النسخ.
- آراء علماء الامامية.
- أركان التمتع.
- الفحص أو عدمه.
- أحكام المتعة.
- شروط التوارث.
- عدة المتمتع بها.

الزواج المؤقت في الديانتين

يبدو من خلال مطالعتنا للشريعة اليهودية بمذهبيها وللشريعة المسيحية بمذاهبها ان الزواج المؤقت يتنافى مع طبيعة الزواج واضافته للاجل وانما الزواج علاقة دائمة لا يصح ان توجد مؤقتة ومحددة بأمر معين .

ونشاهد الديانة المسيحية تعتبر الزواج وسيلة لتجنب الخطيئة من الزنا فاذا أمكن الشخص أن يكبح شهوته كان أفضل وأطهر ألا يتزوج اذ البتولية أفضل عند الله من الزواج وورد في رسالة بولس إلى أهل كورنثوس ان من تزوج حسناً فعل أما من لايتزوج فيفعل أحسن ويقول بولس الرسول حسن للرجل الا يمس امرأة ولكن بسبب الزنى ليكن لكل واحد امرأته وليكن لكل واحدة رجلها ويقول ان طريق العزوبية أقصر في الوصول إلى الملكوت من طريق الزواج ويقول القديس اوجستين ان البنات العذارى سوف يسطعن في السماء كالنجوم المتلألئة .

وجاء في انجيل متى اصحاح ٢٢ فقرة ٣٠ لا يزوجون ولا يتزوجون بل يكونون كملائكة الله في السماء .

الا ان البروتستانت يرون الزواج اشرف من التبتل وقال زعيمهم ان من أحسن عطايا الله زوجة محبوبة تقية تخاف الله وتحب اهل بيتها .

ومن مجموع الآراء يتبين لديك عدم صحة الزواج المؤقت وانما المدار فيه على الدوام دون المنقطع .

ذهب المالكية إلى ان فاعل نكاح المتعة يعاقب ولكن لا يحد لان له شبهة القول بالجواز كما نقل عن ابن عباس وان كان نقل عنه ايضاً انه عدل عن القول بالجواز .

وقد روى بعض ائمة المالكية ان رجوع ابن عباس عن هذا هو المشهور ومع ذلك فلا حد فيه لما فيه من شبهة .

وذهب الشافعية إلى عدم رفع الحد لان شبهة ابن عباس كانت ضعيفة أمام ابن الزبير حينما قال له ان فعلته رجمتك مع ان غرض المؤقت التمتع وغرض الدائم التوارث .

وذهب الحنابلة ان نكاح المتعة يتناول امرين ما كان مؤقتاً مع الولي والشهود أو كان بلفظ المتعة بدون ولي وشهود وهو باطل على كل حال وكان مباحاً للضرورة كالتي ذكرناها في الصلب .

وذهب بعضهم ان النكاح الفاسد بعد الدخول يوجب المهر المسمى سواء كان نكاح متعة أو غيره ولا يترتب على نكاح المتعة احصان الزوج ولا حلها لمطلقها ثلاثاً ولا يتوارثان ولا تسمى زوجية ولكن يلحق فيه النسب ويرث به الولد ويورث لأن الوطء شبهة يلحق به الولد ولكنهما يستحقان فيه عقوبة التعزير دون الحد .

وذهب الحنفية إلى عدم مشروعية المؤقت سواء كان مقيد بوقت أو كان بلفظ المتعة بدون شهود كان نكاح متعة كما ذكر الحنابلة وهو باطل على كل حال[1] .

الاستدلال الروائي : روى البخاري ان علياً رضي الله عنه قال لابن

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٩٢ ـ ٩٣ .

عباس ان النبي (ص) نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر ويعارضه قوله (ع) لولا ان نهى عمر عن المتعة ما زنى الا شقي[1] .

وعن أبي حمزة قال سمعت ابن عباس رضي الله عنه يسأل عن متعة النساء فرخص له ان ذلك في الحال الشديد وفي النساء قلة أو نحوه فقال ابن عباس نعم .

وعن عبدالله وسلمة بن الأكوع قالا كنا في جيش فاتانا رسول الله (ص) فقال انه قد اذن لكم ان تستمتعوا فاستمتعوا وقال ابن أبي ذنب حدثني اياس بن سلمة بن الأكوع عن أبيه عن رسول الله (ص) ايما رجل وامرأة توافقا فعشرة ما بينهما ثلاث ليال فان احبّا ان يتزايدا ويتتاركا فما أدرى أشيء كان لنا خاصة أم للناس عامة قال البخاري وقد بينه عليّ عن النبي (ص) انه منسوخ[2] .

ويبدو من خلال عرضنا لصفحات التاريخ ان المتعة كانت جارية في خلافة أبي بكر ومدة من خلافة عمر .

ولذا روى انه صعد المنبر وقال أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله (ص) أنـا أنهي عنهما واحرّمهن وأعاقب عليهن متعة الحج ومتعة النساء[2] .

وذكر ان يحيى بن أكثم القاضي قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع عمن أخذت المتعة فقال عن عمر فقال له كيف وهو أشد الناس نهياً عنها فقال ان الخبر الصحيح جاء عنه انه صعد المنبر وقال ان الله ورسوله أحل لكم متعتين وأنا احرمهما واعاقب عليهما فقبلنا شهادته وروايته عن رسول الله (ص) ولم نقبل تحريمه لهما من قبل نفسه .

(١) الغدير للاميني ج ٦ ص ٢٠٦ .

(٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦ راجع الغدير للاميني ج ٦ ص ٢١١ وكنز العمال ج ٨ ص ٢٩٣ - ٢٩٤ .

واعترض على عبدالله بن عمر انه كيف تخالف أباك وقد نهى عن ذلك فقال لهم ويلكم الا تتقون فرسول الله (ص) أحق ان تتبعوا سنته أم سنة عمر[1] .

وأبو نصر وأبو الزبير يروي انها كانت على عهد رسول الله (ص)[2] .

وكذا رواها عطاء راجع صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣١ .

وروى عبدالله بن مسعود أيضاً وجاء في صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٠ واستدل بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا ما أحل الله لكم ولا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين ـ ٥ ـ ٨٧ .

واستدل على حليتها بقوله تعالى ﴿فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة﴾ (٢٠ ـ ٢٤) .

وليست الآية منسوخة بقوله تعالى ﴿يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن﴾ (٦٥ ـ ١) راجع الناسخ والمنسوخ للنحاس ص ١٠٥ .

وقد نسب ابن كثير إلى أحمد بن حنبل جواز المتعة في دور الضرورة راجع في ذلك تفسير ابن كثير ج ١ ص ٤٧٤ .

وعن ابن عباس قال ما كانت المتعة الا رحمة رحم الله امة محمد (ص) لولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شقي ـ راجع الغدير للاميني ج ٦ ص ٢٠٦ .

وعن شعبة اني سألت الحكم بن عتبة عن هذه الآية ﴿فما استمتعتم به منهن﴾ (النساء ٢٤) منسوخة هي قال لا ثم قال قال علي بن أبي طالب لولا ان عمر نهى عن المتعة ما زنى إلا شقي ـ الغدير للاميني ج ٦ ص ٢٠٦ .

(١) مسند أحمد ج ٢ ص ٩٥ .
(٢) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٤١ باب نكاح المتعة .

تناقض النسخ

وردت الاخبار متناقضة في مقام النسخ فترى البعض منها يرى انها ابيحت المتعة عام الفتح وان الرسول (ص) لم يخرج من مكة حتى حرمها راجع سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢ .

وانها ابيحت عام اوطاس ثلاثة أيام راجع في ذلك سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٤ ـ أو يوم أو ليلة .

وانها ابيحت في حجة الوداع ثم نهى النبي (ص) عنها راجع سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٣ .

وانها ابيحت أول الاسلام حتى نزلت الا على ازواجهم المؤمنون راجع ج ٧ ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦ من نفس المصدر .

وانها نسخت يوم خيبر ويوم تبوك راجع سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠١ ـ ٢٠٧ .

مع ان الآية قد جاءت في سورة المعارج والمؤمنون وهما مكّيان وذكر في قاعدة النسخ ان المكي لا ينسخ المدني .

آراء علماء الامامية

فقد اتفق جميع علماء الامامية على صحة الزواج المنقطع وقال الجواهر ج ٣٠ ص ١٤٩ بل هو من ضروريات مذهبهم .

وأما من غيرهم فلاتفاق الصحابة ومن كان في صدر الاسلام على اباحتها وشرعيتها من غير أبي بكر .

والمتعة والدائم يشيران الى حقيقة واحدة من غير اختلاف بينهما وأما كونها لا ترث ولا تورث أو تبين من غير طلاق ولا لعان ولا ظهار ولا ايلاء

ولا نفقة لها ولا قسم لا تؤثر في حقيقة الزوجية والعلقة بين الزوجين حيث ان الزمن لم يكن دخيلاً في أصل الماهية وانما هو ظرف لجريان العقد فيه وجهة التوريث أو الابانة من غير طلاق أو عدم اللعان ونحوها من الآثار المجعولة من قبل الشرع وليست من اللوازم العقلية فيمكن للشارع أن يحدد الأثر في جانب ويطلقه في جانب آخر هذا مع انه يوجد بعض المصاديق لعنوان الزوجية ولم تترتب تلك الآثار كالذمية والقاتلة والامة وحصول الابانة من غير طلاق في الملاعنة والمرتدة والامة المبيعة وسقوط النفقة بالنشوز .

وأما ما استدل به العامة على الاجماع فعلي (ع) وأهل بيته[1] قد خالفوا فيكون مؤثراً في عرضية الاجماع مضافاً الى وجود روايات كثيرة على اباحة المتعة من طرفهم هذا ما فرض كون التحريم مستنداً الى السنة والادلة تأبى ذلك مع صراحة تعبير عمر بالتحريم شخصياً دون الاستناد الى السنة .

وأما لو نظرنا الى الأدلة من قبل روايات الائمة (ع) فجاء في خبر بشير بن حمزة عن رجل من قريش قال بعثت الي ابنة عم لي كان لها مال كثير قد عرفت كثرة من يخطبني من الرجال فلم أزوجهم نفسي وما بعثت اليك رغبة في الرجال غير انه بلغني ان المتعة أحلها الله عز وجل في كتابه وبينها رسول الله (ص) في سنته فحرمها زفر فاحببت ان أطيع الله عز وجل فوق عرشه وأطيع رسوله وأعصي زفر فتزوجني متعة فقلت حتى أدخل على أبي جعفر (ع) فاستشيره قال فدخلت عليه فخبرته فقال افعل صلى الله عليكما من زوج .

وعنه (ع) انه قال لرجل سأله هل في المتعة ثواب فقال ان كان يريد بذلك وجه الله وخلافاً على من انكرها لم يكلمها كلمة الا كتب الله له بها

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب المتعة حديث ٩ .

حسنة فاذا دنى منها غفر الله له بذلك فاذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره قلت بعدد الشعر قال نعم بعدد الشعر[1] .

وفي المرسل عنه (ع) أيضاً ان النبي (ص) لما اسري به الى السماء قال لحقني جبرئيل فقال يا محمد ان الله تعالى يقول اني غفرت للمتمتعين من امتك من النساء[2] .

وقال أبو الحسن (ع) لرجل ذكر له انه عاهد الله أن لا يتمتع عاهدت الله لا تطيعه والله لئن لم تطعه لتعصينه[3] .

وجاء في بعض الروايات ما أحب للرجل منكم ان يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعة ولو مرة في بعض عمره اني لاكره للرجل المسلم ان يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلة من خلال رسول الله (ص) لم يضعها فقلت فهل تمتع رسول الله (ص) قال نعم وقرأ هذه الآية واذ أسر النبي الى بعض أزواجه راجع في ذلك سورة التحريم ٦٦ - الآية ٣[4] .

وان كان هناك روايات وردت معارضة كما جاء عن المفضل بن عمر سمعت أبا عبدالله (ع) يقول في المتعة دعوها أما يستحي أحدكم ان يرى من موضع العورة فيحمل ذلك على صالحي اخوانه وأصحابه .

أو ما جاء في خبر محمد بن الحسن بن الميمون كتب أبو الحسن (ع) الى بعض مواليه لا تلحّوا على المتعة فانما عليكم اقامة السنة فلا تشتغلوا بها على فرشكم وحرائركم فيكفرن ويبرأن ويدعون على الأمر بذلك ويلعنون .

---

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب المتعة حديث ٣ .
(٢) الوسائل باب ٣ من أبواب المتعة حديث ٤ .
(٣) الوسائل باب ٣ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب المتعة حديث ١٠ .

وعن علي بن يقطين سألت أبا الحسن موسى (ع) عن المتعة فقال وما أنت وذاك وقد اغناك الله عنها .

وعن الفتح بن يزيد سألت أبا الحسن (ع) عن المتعة فقال هي حلال مباح مطلق ان لم يغنه الله بالتزويج فليستعفف بالمتعة فان استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له اذا غاب عنها .

وعند ملاحظة الروايات انها واقعة في مقام الابتعاد عن دائرة المتعة وان لم تكن صريحة في النهي فيكون لسانها موافقاً للتقية للتوقي من أبناء العامة لما ذهبوا الى الاستنكار العاطفي اكثر من البرهان العلمي .

أركان التمتع

ترتسم أركان التمتع في أربعة :

١ ـ الصيغة .

٢ ـ الاجل .

٣ ـ المهر .

٤ ـ المحل .

أما صيغة العقد في المؤقت وهو ما تركب من الايجاب والقبول من قبل التشريع الاسلامي وقال الجواهر عليه الاجماع بقسميه[1] مضافاً الى النصوص الواضحة كما ورد عن ابان بن تغلب قال قلت لأبي عبدالله (ع) كيف أقول لها اذا خلوت بها قال تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً وان شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً وتسمي من الاجل (الاجر) ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً فاذا قالت نعم فقد

---

(١) الجواهر ج ٣٠ ص ١٥٣ .

رضيت وهي امرأتك وأنت أول الناس بها ـ الحديث[1] .

وعن ثعلبة قال تقول أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحاً غير سفاح وعلى ان لا ترثيني ولا أرثك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً وعلى أن عليك العدة[2] .

وعن هشام بن سالم قال قلت يتزوج المتعة قال يقول أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً فاذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك[3] .

وعن أبي بصير قال لابد من ان يقول فيه هذه الشروط أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه وعلى ان لا ترثيني ولا أرثك وعلى ان تعتدي خمسة وأربعين يوماً وقال بعضهم حيضة[4] .

وقد لوحت هذه الروايات الى كيفية الصيغة وانها ترتسم بصيغتين التزويج والمتعة كما في رواية ابان وفي رواية ثعلبة كذلك وأما في هشام اكتفى الامام بالتعبير بلفظ أتزوجك وحيث ان كلمة التزويج والمتعة دالتان على الايجاب فيصح التخيير بينهما مع اتحادهما في المؤدى وقد جاء التعبير من الامام (ع) بلفظ المضارع .

ويبدو لدينا كما أوضحناه في العقد الدائم أنه يصح ايقاع العقد بلفظ المضارع كما يصح بلفظ الماضي لان الدائم والمنقطع من مقولة واحدة

---

(١) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ٤ .
(٤) الوسائل باب ١٨ من أبواب المتعة حديث ٦ .

والالفاظ فيهما ترمز إلى الايجاب لذا قال الجواهر لا يخلو من قوة لاطلاق الأدلة[1] .

ولذا قال الشرائع والفاظ الايجاب ثلاثة زوجتك ومتعتك وانكحتك أيها حصل وقع الايجاب ولا ينعقد بغيرها كلفظ التمليك والهبة والاجارة .

وقال السيد في المحكي من طريانه وأما نكاح المتعة فينعقد بما ينعقد به المؤبد من الألفاظ وقوله ابتعيني نفسك وآجريني أيضاً .

أما القبول فهو اللفظ الدال على الرضاء الكاشف له كلمة قبلت النكاح والمتعة والتزويج وقال في الشرائع ولو قال قبلت واقتصر أو رضيت جاز .

ويصح تقديم القبول على الايجاب كما ورد عن الحلبي والقاضي جواز أن يقول لها متعيني نفسك بكذا مرة كذا فتقول قبلت فيقول الرجل قبلت .

وأما الاجل فهو شرط للعقد وليس دخيلاً في حقيقته كما دل عليه موثق أبن بكير ان سمي الاجل فهو متعة وان لم يسم فهو نكاح ثابت وعن ابان بن تغلب قال له (ع) لما علّمه كيفية عقد المتعة اني استحي ان أذكر شرط الأيام فقال هو اضر عليك قلت وكيف قال انك ان لم تشترط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة والعدة وكانت وارثا وان لم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة .

ويكون تقدير الاجل بيد الزوجين من غير تحديد لاطلاق الأدلة وعدم ذكر التحديد فيها فيكون التراضي على التحديد من قبلهما فاذا لم يذكر الأجل انقلب دائماً أو قال لها أوافقك مرة ولم يجعل الزمان قيدا في العقد بنحو الشرطية فلذلك يكون دائماً .

---

(١) الجواهر ج ٣٠ ص ١٥٥ .

ولا يصح ذكر الاجل المحدد بنحو الابهام كشهر من الشهور أو يوم من الايام وفرق بين عدم ذكر الأجل من راس فينقلب دائماً وبين ذكر الاجل بنحو الابهام والترديد فيكون ملغياً ولذا قال صاحب الشرائع ولابد ان يكون معيناً محروساً من الزيادة والنقيصة ، أما اذا حدده بغاية معلومة كالزوال والغروب جاز ذلك .

وأما المهر فقد دل عليه قوله سبحانه ﴿واتوهن اجورهن﴾ وللاخبار الصريحة ويقع أيضاً بنحو الشرط دون الجزئية كما في العقد الدائم أيضاً .

وأما المحل فيراد به وقوع العقد على امرأة مسلمة أو كتابية أو مجوسية على قول .

وورد عليه الاخبار[1] وان ورد في رواية معارضة بالمنع عن التمتع بالمجوسية فيكون الحمل فيها على الكراهة كما ذهب اليه الجواهر .

وأما المسلمة فقال الشرائع فلا تتمتع الا بالمسلم خاصة كما انه لا يجوز للمسلم التمتع بالوثنية والناصبية .

ويستحب التمتع بالمسلمة بقول الامام الرضا (ع) المؤمنة أحب الي[2] .

الفحص أو عدمه

وردت بعض الروايات على اختيار العفيفة في التمتع لخبر بن سنان سألت أبا عبدالله (ع) عنها أي المتعة فقال لي حلال ولا تتزوج الا عفيفة ان

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب المتعة حديث ٥ .
(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب المتعة حديث ٦ .

الله عز وجل يقول الذين هم لفروجهم حافظون فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك[1] .

وورد في خبر محمد اياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج قلت وما الكواشف قال اللواتي يكاشفن وبيوتهن معلومة ويؤتين قلت فالدواعي قال اللواتي يدعين الى أنفسهن وقد عرفن بالفساد قلت فالبغايا قال المعروفات بالزنا قلت فذوات الأزواج قال المطلقات على غير السنة .

وجاء في خبر أبي مريم عن الباقر (ع) انه سئل عن المتعة فقال ان المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم كنَّ يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن[2] .

وبمقتضى عرض هذه الروايات فان الرواية الأولى تطلب من المتمتع بها ان تكون عفيفة ومن الرواية الثانية الابتعاد من الكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج ومن الرواية الثالثة ان الايمان مطلوب منهن .

فيتولد على هذا سؤال وهو ان الفحص شرط في الصحة أم لا الا ان الأصل يقتضي عدم الشرطية في الصحة مضافاً الى فعل المسلم على الصحة .

مع ما في الروايات من المنع على الفحص كما جاء عن محمد بن راشد قلت لأبي عبدالله (ع) اني تزوجت المرأة متعة فوقع في نفسي ان لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً قال ولم فتشت[3] .

وعن ابان بن تغلب قلت لأبي عبدالله (ع) اني أكون في بعض العرافات فارى المرأة الحسناء ولا آمن ان تكون ذات بعل أو من العواهر قال ليس هذا عليك انما عليك ان تصدقها في نفسها[4] .

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب المتعة حديث ٢ .
(٢) الوسائل باب ٦ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب المتعة حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ١٠ من أبواب المتعة حديث ١ .

وظاهر هذه الرواية الاخيرة عدم وجوب الفحص وانما عليه تصديقها بمجرد قولها هذا مع انه لا يجب الفحص في الشبهات الموضوعية والأصل يقتضي عدم الفحص لو قدر للمورد ان يكون من صغريات الشبهة .

حيث تقرر في الميدان الأصولي عدم وجوب الفحص في الشبهات الموضوعية .

أحكام المتعة

تقع أحكام المتعة على صور :

١ ـ ذكر المهر والاجل وعند عدم ذكرهما يكون العقد ملغياً بنحو المتعة لتخلف الشرط .

٢ ـ اقتران الشرط بالايجاب والقبول اذا كان سائغاً فلابد من الوفاء به ولقوله (ص) المؤمنون عند شروطهم اذ الشروط قبل العقد غير مؤثرة كما ورد عن الصادق (ع) ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح وما كان بعد النكاح فهو جائز[١] .

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في الرجل يتزوج المرأة متعة انهما يتوارثان ما لم يشترطا وان الشرط بعد النكاح[٢] .

٣ ـ عدم ثبوت الميراث في المتعة كما عليه المشهور بل عن الغنية نفي الخلاف وان خالف في ذلك القاضي وجعل المتعة كالدوام لصدق الزوجة التي لا يصح اشتراط سقوط ارثها كغيرها من الورثة .

وقد وردت عدة روايات في هذا الميدان كما جاء عن صحيح سعيد بن

(١) الوسائل باب ١٩ من أبواب المتعة حديث ٢ .
(٢) الوسائل باب ١٩ من أبواب المتعة حديث ٤ .

يسار عن أبي عبدالله (ع) قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث قال ليس بينهما ميراث شرطا أو لم يشترطا ونحوه المرسل في الكافي[1] .

وعن عبدالله بن عمر سألت أبا عبدالله (ع) عن المتعة فقال حلال لك من الله ورسوله قلت فما حدها قال من حدودها ان لا ترثها ولا ترثك[2] .

ومرسل بن أبي عمير عن أبي عبدالله (ع) لابأس بالرجل يتمتع بالمرأة على حكمه ولكن لابد له من أن يعطيها شيئاً لانه ان حدث به حدث لم يكن لها ميراث[3] .

وعن أبي جعفر (ع) في المتعة قال ليست من الاربع لانها لا تطلق ولا ترث ولا تورث وانما هي مستأجرة .

فكان التعبير مشيرا الى كون الميراث من مختصات الاربع الدائم دون المنقطع .

والاستفادة من مجموع العرض الروائي ان المتمتعة لا ترث الزوج وانما هي مستأجرة كما دلت رواية ابان بن تغلب تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه (ص) لا وارثة ولا مورثة .

شرط التوارث

ذهب جماعة من المتأخرين الى عدم صحة اشتراط التوارث في المتعة لكون الشرط وقع لغير الوارث وعليه ذهب الفاضل وقال عليه المشهور .

الا انه هناك رأي معاكس قال بصحة الشرط وقال في ذلك

---

(١) الوسائل باب ٣٢ من أبواب المتعة حديث ٧ .
(٢) الوسائل باب ٣٢ من أبواب المتعة حديث ٨ .
(٣) الوسائل باب ٤٠ من أبواب المتعة حديث ١ .

صاحب الجواهر الأول اشهر وغرضه صحة الاشتراط في المتعة .

ولكن الذي نعتقده ان طبيعة المتعة غير صالحة للتوريث الا انها قد تقع صالحة عند قيام الشرط كما ورد عن صحيح البزنطي عن أبي الحسن الرضا (ع) قال تزويج المتعة نكاح بميراث ونكاح بغير ميراث ان اشترطت للميراث كان وان لم تشترط لم يكن(1) .

وعن صحيح محمد بن مسلم عن الصادق (ع) في حديث وان اشترطا الميراث فهما على شرطهما(2) وبمقتضى الصحيحين ان المتعة من حيث طبيعتها الأولية غير صالحة للتوريث الا من جانب عروض الشرط عليها .

٤ ـ جواز العزل للمتمتع من غير توقف الأذن من قبلها الا ان الأخبار تدل على الاشتراط عليها أولا وبمقتضى عدم الشرطية اولاً لا يجوز العزل الا مع الاشتراط كما تلاحظ الأخبار في ذلك في الوسائل الباب ١٨ من أبواب المتعة الحديث ٥ ـ ٦ والباب ٣٣ من أبواب المتعة أيضاً الحديث ٢ ـ ٣ والباب ـ ٤٥ من أبواب المتعة حديث ٢ .

٥ ـ ويجوز لها ان تشترط عليه عدم الدخول بمقتضى خبر اسحاق بن عمار قال للصادق (ع) رجل تزوج بجارية على ان لا يفتضها ثم أذنت له بعد ذلك فقال اذا اذنت له فلابأس(3) .

وعن عمار بن مروان سأل الصادق (ع) عن امرأة تزوجه نفسها من رجل على ان يلمس منها ما شاء الا الدخول فقال لاباس له الا ما اشترط(4) وظاهر هاتين الروايتين جواز الاشتراط بعدم الدخول ولم يكن منافياً لحقيقة العقد .

(١) الوسائل باب ٣٢ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٣٢ من أبواب المتعة حديث ٥ .
(٣) الوسائل باب ١١ من أبواب المتعة حديث ٣ .
(٤) الوسائل باب ٣٦ من أبواب المتعة حديث ١ .

٦ ـ ان الهبة قبل خروج الاجل لم يكن بمنزلة الطلاق وانما هي مستأجرة كما ورد عن زرارة عن أبي جعفر (ع) قال قلت له الرجل يتزوج المتعة وينقضي شرطها ثم يتزوجها رجل آخر حتى بانت منه ثم يتزوجها الأول حتى بانت منه ثلاثاً وتزوجت ثلاثة أزواج يحل للأول ان يتزوجها قال نعم كم شاء ليس هذه مثل الحرة هذه مستأجرة وهي بمنزلة الاماء[1] .

ويكون مقتضى الاستئجار عند تعذر استيفاء المنفعة الخروج عن دائرة الزوجية من غير طلاق لحصول البينونة التلقائية لاختلاف المنقطع عن الدائم بالاثار وعدم كون الزمان دخيلاً في ماهية العقد في المنقطع بخلاف الدائم وان كانت الحقيقة فيهما واحدة .

وورد عن علي بن رباب قال كتبت اليه أسئلة عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها ايامها قبل ان يفضي اليها أو وهب لها أيامها أو بعد ما أفضى اليها هل له ان يرجع فيما وهب لها من ذلك فوقّع لا يرجع[2] .

وجاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) في المتعة ليست من الأربع لانها لا تطلق ولا تورث وانما هي مستأجرة[3] .

وعن عمر بن اذينة عن أبي عبدالله (ع) في حديث في المتعة قال فاذا انقضى الاجل بانت منه بغير طلاق[4] .

(١) الوسائل باب ٣٦ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٢٩ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ٤٣ من أبواب المتعة حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ٤٣ من أبواب المتعة حديث ٢ .

عدة المتمتع بها

ذهب الشيخ وكاشف اللثام والشرائع والجواهر الى ان عدة المتمتع بها حيضتان وهناك رأي معارض ينسب الى مذهب زرارة بحيضة واحدة وعمل به ابن أبي عقيل .

الا ان المشهور والاخبار ترشدنا الى كون عدتها حيضتين كما جاء عن اسماعيل بن الفضل سألت أبا عبدالله (ع) عن المتعة فقال الق عبد الملك بن جريح فاسأله عنها فان عنده منها علما فأتيته فاملى عليّ شيئاً كثيراً في استحلالها وكان فيما روى ابن جريح قال ليس فيها وقت ولا عدد الى ان قال وعدتها حيضتان فان كانت لا تحيض فخمسة واربعون يوماً فأتيت بالكتاب أبا عبدالله (ع) فعرضته عليه فقال صدق وأقر به(١) .

وجاء عن المسالك والروضة عن محمد بن الفضل عن أبي الحسن الماضي (ع) طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان(٢) .

وعن صحيح زرارة عن الباقر (ع) ان على المتمتعة ما على الامة(٣) .

الا ان صحيحة زرارة الأخيرة يمكن أن يكون استدلاله في مقام المماثلة بالاشهر بالقياس الى الحرة دون النظر الى وجود تعدد الحيض حيث ان في صحيحه الآخر عن أبي عبدالله (ع) عدة المتمتعة ان كانت تحيض فحيضة وان كانت لا تحيض فشهر ونصف(٤) من غير نظر الى تمام الحيضة الواحدة ونصف الآخرة المشير الى ما جاء في رواية صحيحة ابن الحجاج سألت أبا عبدالله (ع) عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة قال

---

(١) الوسائل باب ٤٠ من أبواب المتعة حديث ٨ .
(٢) الوسائل باب ٤٠ من أبواب المتعة حديث ٥ .
(٣) الوسائل باب ٥٢ من أبواب المتعة حديث ٢ من كتاب الطلاق .
(٤) الوسائل باب ٢٢ من أبواب المتعة حديث ١ .

تعتد أربعة أشهر وعشراً واذا انقضت ايامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الامة[1] .

قال الجواهر والموجود في الكافي كما اعترف به غير واحد اسقاط عدة المتمتعة منه نعم في التهذيب كذلك ويؤيده روايته في الكافي عدة المتمتع بها مضافاً الى ما عرفته من مذهب زرارة المظنون كون سنده ذلك .

وهل يراد من الحيضتين الاقراء أو الطهر التام من وجود الحيض كما هو بمقتضى صحيحة ابن الحجاج انقضاء الحيض تماماً أو ان الميزان في الانقضاء انه بمجرد كمال الحيضة الأولى صدق عليها عنوان الطهرين احداهما سابق والثاني يكون لاحقاً بعد الحيضة ويكون تعبير الامام الباقر (ع) ان كان حر تحته امه فطلاقه تطليقتان وعدته قرءآن ويراد بالقرئين العدد في الطهر .

الا ان الذي نلحظه من الأدلة هو تعدد الحيضتين ونظر الامام الباقر (ع) في القرئين الى الحيضتين دون النظر الى الطهرين .

هذا مع وضوح الأدلة على اعتبار التعدد في الحيضة كما نلاحظه في عدة الامة وان الميزان فيها تمامية الحيضتين كما يدل عليه صحيح ابن الحجاج وما جاء عن البحار عن أبي جعفر في قوله (ع) حتى تنقضي عدتها[2].

أما المرأة التي لا تحيض وهي في سن من تحيض فخمسة واربعون يوماً كما في رواية اسماعيل بن الفضل وعن أبي جعفر (ع) كما رواه البزنطي والاحتياط خمس وأربعون ليلة[3] .

كما انها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام كما دلت عليه صحيح زرارة سألت أبا جعفر (ع) ما عدة المتعة اذا مات عنها الذي يتمتع بها قال

(١) الوسائل باب ٢٢ من أبواب المتعة حديث ٥ .
(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ .
(٣) الوسائل باب ٢٢ من أبواب المتعة حديث ٢ .

أربعة أشهر وعشراً قال ثم قال يـا زرارة كل النكاح اذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشر الحديث[1] وان خالف في ذلك خالف ذلك المفيد والمرتضى وسلار والنعماني على ان عدتها شهران وخمسة أيام فان كان استدلالهم بالنظر الى حكم الامة فلا يمكن سريان الحكم لها وان كان بلحاظ رواية الحلبي عن أبي عبدالله (ع) سألته عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ما عدتها قال خمسة وستون يوماً[2] فهي مرسلة وفي سندها الطاطري وهو من الواقفية .

ويقع حكم عدة الامة نصف عدة الحرة كما ورد ان عدة الامة اذا توفى عنها زوجها شهران وخمسة أيام كما عليه المشهور .

الا ان صحيح وهب بن عبد ربه سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل كانت له أم ولد فزوجها من رجل آخر فاولدها غلاماً ثم ان الرجل مات فرجعت الى سيدها اله ان يطاها قال تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام ثم يطؤها بالملك بغير نكاح[3] .

وصحيح سليمان بن خالد سألت أبا عبدالله (ع) عن الامة اذا طلقت ما عدتها الى ان قال قلت فان توفى عنها زوجها فقال ان علياً (ع) قال في امهات الأولاد لا يتزوجن حتى يعتـدن أربعة أشهر وعشراً وهن اماء[4] فيكون الحمل في هذه الروايات على الاستحباب لغير ذات الولد وأما بالنظر الى ذات الولد فهي كالحرة .

ولا يصح تجديد العقد عليها في دور المتعة سواء كان عن عقد دائم أم منقطع لان المحل مشتغل كما ورد عن ابان لا يجوز شرطان في شرط .

(١) الوسائل باب ٥٢ من أبواب العدد حديث ٤ .
(٢) الوسائل باب ٥٢ من أبواب العدد حديث ٣ كتاب الطلاق .
(٣) الوسائل باب ٢٧ من أبواب العدد حديث ٥ .
(٤) الوسائل باب ٢٧ من أبواب العدد حديث ١ .

العيوب:

- في نظر الديانتين.
- في نظر الاسلام.
- العيوب في نظر الاسلام.
- العيوب في نظر الامامية:

١ـ الجنون.
٢ ـ البرص.
٣ ـ الخصاء.
٤ ـ العنين.
٥ ـ الجذام.
٦ـ الجب.

- عيوب المرأة.
- العيوب المتجددة.
- فورية الفسخ.
- الاختلاف في العيب.
- الفسخ قبل الدخول أو بعده.
- الخروج عن دائرة الفسخ.
- الفسخ والانفساخ.
- الحضانة في نظر الاسلام.
- تحديد الحضانة.

العيوب في نظر الديانتين

أشرنا اجمالاً الى عيوب الزوجين الا أنا نتحدث عن عيوب الزوجين من الوجهة المرضية التي تناولتها الديانة اليهودية والديانة المسيحية وبعد ذلك نستعرض وجهة نظر الاسلام بالنظر الى العيوب من حيث اطلاقها العام ومن الوجهة المرضية ثانياً .

اعتبرت الديانة اليهودية ان وجود موجب لخروج الزوجية بنحو الطلاق وينطبق المرض على العقم والجنون والعجز الجنسي كما تلاحظ ذلك عند ابن العسال ص ١٩٦ ـ ١١٣ ابن لقلق في ملحق ابن العسال ص ٢٢ ـ ٢٤ ـ فليوثاؤس عرض المسألة ١٧ ـ ٢٥ .

أما في دور الجنون فتمتد العلقة الى ثلاث سنوات كما في الشريعة القبطية من المادة ٥٤ مجموعة ١٩٥٥ من المادة ٥٢ في مجموعة ١٩٣٨ وعند ابن العسال ص ١٩٦ ـ ٢١٤ في الشريعة اليهودية .

وأما في خصوص العجز الجنسي فقد فرقت مصادر شريعة الاقباط بين العنة وأسباب العجز الاخرى كالجب والخصاء ولم توجب السنوات الثلاث الا في العنة واكتفت مجموعة ١٩٥٥ باشتراط ثبوت عدم قابليتها للشفاء .

الا ان مجموعات ١٩٣٨ ـ ١٩٥٥ تعتد بالعجز الجنسي لخصوص الرجل وان كان فقهاء طائفة الاقباط لم تفرق بين العجز الجنسي للرجل والمرأة[1] .

(١) الوجيز أحمد سلامة ص ٣٨٧ .

الا انه ورد في مجموعة ١٩٥٥ من المادة ٥٢ ان تكون الزوجة في سن يخشى عليها فيه من الفتنة ثم ذكرت المجموعة نفسها ولم يكن قد مضى على الزواج خمس سنوات ويبدو من خلال تلك الفقرات انه يلزم ان يكون العجز من قبل الرجل خلال خمس سنوات فلا يصح للزوجة المطالبة بالطلاق قبل انقضاء تلك الفترة .

وأضافت الكتب الفقهية للاقباط الجذام والبرص الا ان مجموعة ١٩٣٨ للاقباط من المادة ٥٢ أضافت لكل مرض معد .

الا ان مجموعة ١٩٥٥ قد حصرت أسباب التطليق بالجنون والعنة .

العيوب في نظر الإسلام

ذهب الحنفية إلى انه ليس في النكاح عيوب توجب الحق في طلب الفسخ لا بشرط ولا بغير شرط مطلقاً الا في ثلاثة أمور وهي كون الرجل عنيناً أو مجبوباً أو خصياً أما ما عدا ذلك فلا يترتب عليه فسخ النكاح ولو اشتد كالجذام والبرص ونحوها سواء حدث قبل العقد أم بعده وسواء اشترط السلامة منه أم لا .

وذهب المالكية إلى ان العيوب ثلاثة عشر عيباً وتنقسم إلى ثلاثة أقسام .

القسم الأول عيوب مشتركة بين الزوجين ـ وهي أربعة الجنون والجذام والبرص والخراءة عند الوطء وتسمى عذيطة وهو التغوط عند الجماع .

القسم الثاني العيوب الخاصة بالرجل وهي أربعة الجب العنة الخصاء الاعتراض وهو الذي لا ينتصب .

القسم الثالث خاص بالمرأة وهي خمسة أشياء الرتق والقرن والعفل والافضاء والبخر وهو في خصوص الفرج دون بخر الفم فانه لا رد فيه وكذا في البدن .

فاذا كان طالب الفسخ عالماً قبل العقد فلا حق له وان رضي بعد العلم سقط حقه أو رضي به ضمناً بان مكنته من نفسها ان كان المعيب الزوج أو قاربها ان كانت المعيبة الزوجة أو لا يتلذذ احداهما بالآخر بتقبيل أو تفخيذ .

ويستثنى من العيوب عيب واحد لا يضر فيه العلم به قبل العقد وهو عيب الاعتراض عدم الانتصاب فانها اذا علمت به المرأة قبل العقد رضيت بالنكاح ثم دخلت ومكنته من نفسها مدة ولم يبرأ فان لها الحق في الفسخ .

ويرى المذهب المالكي ان العيب الحادث في الرجل اذا عرضه بعد العقد فانه يؤجل له الحاكم في هذه الحالة الفسخ سنة قمرية بشرط ان يرجىء برء الداء وأما العيب القديم بالرجل وهو القائم به قبل العقد فبعضهم يرجئه إلى سنة وهو المعتمد وبعضهم يقول لا يؤجل له بل يفسح العقد بدون تأجيل .

وأما عند المرأة الحادث فلا خيار للرجل لانه ان لم يرض به أمكنه التخلص بالطلاق وأما عيبها القديم فانها كالرجل يؤجل الحاكم لها الفسخ لسنة قمرية هذا بالنظر إلى العيوب المشتركة وأما المختصة بها كالقرن والعفل والبخر فان الحاكم يؤجل لها بحسب ما يلزم لعلاجها باجتهاده وتجبر على ازالة مثل هذا العيب اذا طلبه الزوج الا اذا كان الداء طبيعياً بحسب الخلقة فانها لا تجبر على ازالته بخلاف ما لو كان عارضاً .

وان بدأ التأجيل بالسنة يكون من يوم الحكم لا من يوم رفع الأمر للقاضي واذا كان المعيب مريضاً بمرض آخر غير العيب تحتسب السنة من وقت شفائه من المرض الآخر .

وأما عند الشافعية فقالوا ان لكل من الزوجين طلب فسخ الزواج يوم وجود عيب من العيوب المشتركة بها وهي الجذام والبرص والجنون أما العذيطة وهي التغوط عند الجماع فليس عيباً عندهم .

فاذا رضيت المرأة بعيب من هذه العيوب ولم يرض وليها كان للولي الحق في طلب الفسخ بشرط ان يكون العيب موجوداً حال العقد أما اذا حدث بعده فليس له الحق .

وأما العيوب المختصة بالمرأة التي تجعل للرجل الحق في الفسخ فهما الرتق والقرن وان شئت قلت انسداد محل الجماع بأمر خلقي أو عارض .

وأما العيوب المختصة بالرجل فهما الجب وهو مقطوع الذكر كله أو بعضه والعنة .

ولا تثبت العنة في دور الصباوه والجنون لانه في حين الدعوى فيهما لا تسمع وذلك لان العنة لا تثبت الا بأحد أمرين الاقرار أو نكوله عن الحلف بعد أن تحلف هي يمين الرد وذلك لا بتصور من الصبي أو المجنون على ان لها حق الفسخ بالجنون وعليها انتظار الصبي حتى يبلغ فعساه أن يبرأ الثاني أن لا تكون العنة قد حدثت بعد الوطء والا فلا حق لها في الفسخ وذلك لانها ترجو زوالها ولا يشترط عدم علم الزوجة بالعنة قبل العقد فلو كانت عالمة بها فلها حق الفسخ وذلك لان العنة بهذا المعنى يرجى زوالها .

وأما العيوب عند الحنابلة فتنقسم إلى ثلاثة أقسام الأول يختص بالرجل وهي الجب والعنة والخصاء فاذا طلبت امرأة المجبوب والمخصي فسخ العقد اجيبت إلى طلبها بدون مهلة .

وأما اذا كان عنيناً فانه يؤجل سنة هلالية رجاء برئه وتبتدي من وقت المحاكمة ولا تحتسب عليه منها الأيام التي تنقطع المرأة عنه فيها بفعلها أما اذا انقطع عنها هو حسبت عليه ويشترط في ثبوت العنة اقرار الزوج بها أمام

القاضي أو أمام بينة تشهد بذلك الاقرار وان كان للمرأة بينة من أهل الخبرة والثقة عمل بها .

ويشترط في الفسخ شروط احداهما ان يرفع الامر لحاكم فلو رفع لغيره وأجل له سنة هلالية لا ينفع التأجيل وكذا اذا فسخه غير الحاكم وهذا الشرط في كل العيوب اذ لابد في الفسخ بكل عيب من الحاكم .

ثانيها : ان يكون الزوج بالغاً .

ثالثاً : ان لا ترضى الزوجة بالعنة فان علمت بانه عنين قبل العقد ورضيت به وثبت ذلك العلم ببينة فان القاضي لا يؤجل وفاقاً للحنفية وخلافاً للمالكية والشافعية الذين يقولون ان علمت المرأة بالعنة قبل الدخول لا يسقط حقها واذا علمت بالعنة بعد الدخول وسكتت بدون ان تصرح بالرضا فانه لا يسقط حقها أما اذا قالت رضيت به عنيناً فلا خيار لها أبداً فان أمهله القاضي سنة وادعى انه وطأها في قبلها وكانت ثيباً فانكرت فالقول قولها لان الأصل عدم الوطء ، وقد تأيد ثبوت العنة فلذا كان القول قولها وهذا بخلاف ما اذا ادّعى الوطء قبل ثبوت العنة وانكرته فالقول له مع يمينه لان الأصل السلامة .

القسم الثاني يختص بالمرأة وهو الرتق والقرن والعفل والفتق ـ وهو الافضاء .

القسم الثالث عيوب مشتركة بين الزوجين وهي الجنون والجذام والبرص وسلس البول واستطلاق الغائط وهو الاسهال الدائم .

ولا فرق في الفسخ بعيب من العيوب المذكورة جميعاً بين ان تكون موجودة قبل العقد أو حدثت بعده كما لا فرق فيها بين ان تكون قبل الدخول أو بعده ولكن يشترط في ثبوت حق الفسخ بها كلها عدم الرضا[1] .

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ١٨٠ ـ ١٩٨ .

العيوب في نظر الامامية

قال في الجواهر لا خلافاً نصا وفتوى في ان العيوب الحادثة بالمرأة قبل العقد مبيحة للفسخ بل الاجماع بقسميه عليه بل هو مورد النص التي هي مستفيضة أو متواترة .

وأما ما يتجدد بعد العقد والوطء فالمشهور نقلاً وتحصيلاً انه لا يفسخ به .

يقع البحث في نقاط :

١ ـ من حيث الدليل فالظاهران الأدلة متظافرة في اثبات الفسخ عند العلم بوجود العيب كما ورد عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله (ع) قال ترد المرأة من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن ـ وهو العفل ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا[١] .

وعن محمد بن مسلم قال قال أبو جعفر (ع) ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء[٢] .

وعن عبيدة عن أبي جعفر (ع) في حديث قال اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة[٣] .

وعن أبي الصباح قال سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا إلى ان قال قلت فان كان دخل بها قال ان كان علم بذلك قبل ان ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها وان لم يعلم الا بعد ما جامعها فان شاء بغدٍ امسك وان شاء طلق[٤] .

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

وعن ابن بكير عن آبيه عن احدهما (ع) في خصي دلس نفسه لامرأة فتزوجها فقال يفرق بينهما ان شاءت المرأة ويوجع رأسه وان رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به ان تاباه[٤] .

وعن سماعة عن أبي عبدالله (ع) ان خصيا دلس نفسه لامرأة قال يفرق بينهما وتأخذ منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه[٥] .

وعن أبي حمزة قال سمعت أبا جعفر (ع) يقول اذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي تزوجت زوجاً غيره فزعمت انه لم يقربها منذ دخل بها فان القول في ذلك قول الرجل وعليه ان يحلف بالله لقد جامعها لانها المدعية قال فان تزوجت وهي بكر فزعمت انه لم يصل اليها فان مثل هذا تعرف النساء فلينظر اليها من يوثق به منهن فاذا ذكرت انها عذراء فعلى الامام ان يؤجله سنة فان وصل اليها والا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها[٣] .

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر   قال العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت .

هذه مجموعة من الروايات ترشدنا إلى الالتزام بالفسخ في العقد وتكون المرأة خارجة عن دائرة الزوجية من غير احتياج إلى الطلاق .

الا ان بعض المجموعة الروائية تفصل جانب الالتزام والرد فان كان وجود علم مسبق فالالتزام ساري المفعول وغير قابل للرد .

وذكر في الروضة ان عيوب الرجل خمسة الجنون والخصاء والجب

---

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ١٥ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

والعنن والجذام على قول والجب كما ذهب اليه المشهور فيكون المجموع ستة .

وعيوب المرأة تسعة الجنون والجذام والبرص والعمى والاقعاء والقرن والافضاء والعفل والرتق على خلاف فيهما .

ولا بد ان نقدم مفردات العيوب بالنسبة للرجل والمرأة أما بالنظر إلى الرجل .

١ ـ الجنون

والاستدلال على فسخ العقد اذا كان الرجل مجنوناً بمقتضى صحيح الحلبي عن الصادق (ع) في الرجل الذي يتزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال لا ترد انما يرّد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل الخ[1] .

ومقتضى الحصر ارادة القاعدة العامة للرجل والمرأة .

وربما يورد بمنع العموم في الصحيح لاختصاصه بحكم التبادر والسياق بعيوب المرأة فلا تعدية ومنع حصر طريق التخلص في الخيار فقد يمكن باجبار الحاكم بالطلاق وانتزاعها منه إلى حصول العلاج .

والذي نلحظه من الرواية انها في مقام عرض القاعدة من غير اختصاص في جانب المرأة وأما ما يحتمل من التبادر والسياق فيمنع التبادر لخصوص المرأة أولاً وانما هو لسياق القاعدة وبمنع السياق ثانياً لان بعض الفقرات مشتركة مع الرجل .

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .

ويمنع التخلص عن طريق الحاكم الشرعي ثالثاً لان المورد من باب الحق دون الحكم والفسخ دون الانفساخ فهي أولى باجراء الحق من الحاكم الشرعي وانما مرحلة الاجبار تقع في المرحلة الثانوية بعد الامتناع من قبل الولي .

هذا مع انه عند خروجها عن دائرة الزوجية بالطلاق وانتزاعها منه فلا مجال للانتصار إلى حصول العلاج فانه اذا تم العلاج وصار عاقلاً يكون خاطباً من الخطاب وليس له اولوية عن غيره ولا يفرق في صدق الجنون بين المطبق وغيره بمقتضى اطلاق الأدلة .

٢ ـ البرص

يكون شمول البرص للرجل أيضاً بمقتضى صحيح الحلبي المتقدم أيضاً في قوله (ع) يرد النكاح من البرص الحديث وان كانت الروايات صريحة في خصوص المرأة كما جاء عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله (ع) قال وترد المرأة من العفل والبرص والجذام والجنون فأما سوى ذلك فلا[١] وعن رباب عن أبي عبيد عن أبي جعفر (ع) في حديث قال اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانه ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق[٢] .

وهكذا ورد عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) ترد العمياء والبرصاء والجذماء والعرجاء[٣] .

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .

فالظاهرة الروائية ترشدنا إلى اتجاه البرص في خصوص النساء ولا يعم الرجال الا انه ذكر في صحيح الحلبي في بيان القاعدة العامة للرجال والنساء فيشمل الرجال بمقتضى القاعدة .

٣ ـ الخصاء

يعتبر الخصاء من عيوب الرجل وهو فقدان الانثيين أو رضهما الذي يعبر عنهما (الوجاء) كما ورد عدة روايات مشيرة إلى رد النكاح واذا دلس يوجع ظهره ضرباً كما جاء عن سماعة عن أبي عبدالله (ع) ان خصيا دلس لامرأة قال يفرق بينهما وتأخذ منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه[١].

وجاء عن صحيح علي بن جعفر عن أخيه قال سألته عن خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه فقال يوجع ظهره ويفرق بينهما وعليه المهر كاملاً ان دخل بها وان لم يدخل بها فعليه نصف المهر[٢] .

أما ما جاء عن أبي عبيدة الحذاء قال سئل أبو جعفر (ع) عن خصي تزوج امرأة وهي تعلم انه خصي قال جايز قيل انه مكث معها ما شاء الله ثم طلقها هل عليها عدة قال نعم اليس لذمنها ولذت منه قيل له فهل كان عليها فيما يكون منه غسل قال اذا كان ذلك منه أمنت فان عليها غسلاً قيل فله ان يرجع بشيء من الصداق اذا طلقها قال لا .

فانه يستفاد منها اسبقية العلم منها في وجود الخصاء فالعقد يقع مستقراً وانما يقع الخروج بالطلاق دون الفسخ .

وأما تصوير العدة فأما أن يكون لاجل التوسعة في عنوان الدخول ولو باللذة فيكون الصداق ملكاً لها ولا ترد عليه النصف وأما اذا كان التمليك

(١) الوسائل باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

يتحقق في موضوعية الدخول دون اللذة فتكون اللذة خارجة عن عنوان الدخول فتقع الرواية معارضة للروايات القائلة بالدخول بحسب الذيل ولكن الذي يظهر أن الخصي يمكنه الادخال من غير الانزال ولذا اعتبر الشيخ في المبسوط والخلاف عدم كون الخصاء من العيوب فتكون اللذة من اثار الدخول ولم يكن فيه الانزال .

وفي كشف اللثام ولعله بحمل الأخبار على من لا يتمكن من الايلاج وليس ببعيد .

الا ان صاحب الجواهر[1] قال وفيه انه مناف لما في أكثرها من أخذ صداقها أجمع منه المشروط بالدخول المصرح به في بعضها .

والذي يبدو لدينا ان الخصاء كما يستفاد من الروايات انه ليس من العيوب فان الحكم بالتفريق وضرب الراس أو الظهر ليس مقتضاه العيب وانما لاجل تدليسه وعدم كشف حقيقته أمامها .

وأما الحكم عليه بتمام المهر فلاجل الدخول وليس من جهة حقيقة العيب كما ورد عن ابن مسكان يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر لدخوله عليها[1] فان مرحلة تمام المهر لاجل الدخول ولكن الاتجاه في الروايات غير ناظر إلى جهة العيب والحكم عليه بالتفريق انما وقع من ناحية التدليس دون لحاظ عنوان العيب .

٤ ـ العنين

ورد العنن من جملة عيوب الرجل وهو عبارة عن ضعف في العضو التناسلي بحيث لا يمكنه الانتشار والعجز عن الايلاج كما ورد عن صحيح أبي

(١) الجواهر ج ٣٠ ص ٣٢٣ .
(٢) الوسائل باب ١٣ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

بصير سألت أبا عبدالله (ع) عن امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع أتفارقه قال نعم ان شاءت[1] .

وعن ابن مسكان انه قال وعن حديث آخر ينتظر سنة فان أتاها والا فارقته وان أحبت ان تقيم معه فلتقم معه[2] .

وصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر (ع) العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت[3] .

فمن مجموع العرض الروائي أنه يعتبر العنن عيباً لا تقوم عليه الحقيقة الزوجية اذا لم ترض البقاء عليها من غير خلاف وان رضيت سقط حقها لانه من جملة الحقوق التي أشرنا اليها مفصلاً .

الا ان تصوير العنن بعد العقد يظهر من المبسوط عدم ثبوت الخيار به قال العيب الحادث بالزوج بعد العقد فكل العيوب تحدث فيه الا العنن فانه لا يكون فحلاً ثم يصير عنيناً عن نكاح واحد وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به الا الجنون .

ولكن الذي يظهر انه لو قدر وجود العنن الطارىء ودخل ولو مرة واحدة فانه مما يعتبر فيه استقرار الزوجية وليس لها حق الفسخ كما ورد عن أبي عبدالله (ع) في خبر السكونى قال أمير المؤمنين (ع) من أتى امرأة مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها[4] .

هذا فيما لو كان العنن وعدم القدرة على الانتشار في خصوص زوجته وأما لو كان له القدرة في غير زوجته فهل يصدق عنوان العنن أو يرتفع

---

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٤) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٤ .

موضوعيته الا ان ما ورد عن موثقة عمار بن موسى عن أبي عبدالله (ع) انه سئل رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على اتيانها قال ان كان لا يقدر على اتيان غيرها من النساء فلا يمسكها الا برضاها وان كان يقدر على غيرها فلابأس بامساكها[1] .

ولا يخفى أن التعبير لابأس بامساكها لا يعطي الالتزام التام في الامساك مع ضعف سندها الا انها ترشد الى الخروج والذي يبدو ان حقيقة العنن لا تتم بالقدرة على ايلاج امرأة اخرى وأنما المراد في تحقيق العنن على نحو السعة وعدم القدرة على سائر النساء أما لحاظ النسبية ببعض النساء دون بعضها الآخر فهو لا يلائم واقع العنن وغير دخيلة في واقع العنن .

أما لو أمكنه وطء الدبر دون القبل فيكون مبنياً على الروايات المجوزة والمانعة والاستفادة من ظاهر الآية من قوله تعالى : ﴿فأتوا حرثكم انى شئتم﴾ من حيث الزمان أو المكان وترجع نفسها للحاكم الشرعي في تحديد الاجل وليس الرجوع من ناحية الفسخ وانما من ناحية التأجيل إلى سنة كما ورد عن صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت[2] .

والا فالفسخ لا يحتاج فيه الى الحاكم الشرعي وانما يمكن للزوج والزوجة اجراؤه .

٥ ـ الجذام

ذكرنا ان صحيح الحلبي يستفاد منه العموم للرجل والمرأة وقد ذكر من جملة العيوب الجذام وبهذا يكون من جملة العيوب التي يمكن أن تنفسخ المرأة

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٣ .
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٥ .

من زوجها ويراد بالجذام يبس الاعضاء وتناثر اللحم .

٦ ـ الجب

قد اعتبر دخول الجب وهو قطع الذكر بشرط ان لا يبقى منه ما يمكن معه الوطىء ولو بمقدار الحشفة كما سار عليه المشهور من علماء الامامية .

الا ان الأدلة غير صريحة في اعتبار الجب من جملة عيوب الرجل الا بما ورد في قوله عن أبي الصباح الكناني قال سألت أبا عبدالله (ع) عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع ابداً اتفارقه قال نعم ان شاءت[1] .

فان مثل هذه الرواية تدل على العموم للعنن والجب وهكذا في رواية أبي بصير قال سألت أبا عبدالله (ع) عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع اتفارقه قال نعم ان شاءت[2] .

وبهذا يمكن أن يحرر البحث ان العنن والجب من جملة المصاديق التي تخضع للقاعدة الكلية العامة المستفادة من تعبير الامام (ع) كل من لم يقدر على الجماع تفارقه زوجته ان شاءت .

أما عروض الجب الطارىء فلا يؤثر في جانب العقد ويكون العقد مستمراً التأثير في ثبوت الزوجية ولم يكن خاضعاً لموارد الفسخ وثبوت الخيار للزوجة .

ولو بان الزوج خنثى قال الشيخ في المبسوط للزوجة القدرة على الرد الا انه بمقتضى رواية أبي الصباح وأبي بصير ونحوهما اذا كان له القدرة على الجماع فلا أثر للحمة الزائدة ووجود النفرة من قبل الزوجة في المماثلة لا يهدم

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

كيان الزوجية والأصل اللزوم ولما روى انه ليس يرد الرجل من عيب[1] لانه رجل وليس بحقيقة المرأة بشيء .

عيوب المرأة

تشترك المرأة مع عيوب الرجل في الجنون والجذام والبرص وتنفرد في العمى والقرن والافضاء والعرج .

أما المجنون فذهب صاحب الجواهر[2] انه لا خلاف فيه نصاً وفتوى في كونه عيباً فيها بل الاجماع بقسميه عليه ولما ورد عن صحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق (ع) المرأة ترد من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن[3] .

وأما الجذام فيها فذكر في الشرائع فهو الذي يظهر معه يبس الأعضاء وتناثر اللحم ولا يجزىء قوة الاحتراق ولا تعجر الوجه ولا استدارة العين .

وقد دلت صحيحة عبد الرحمن وغيرها على اعتبار الجذام من مصاديق عيوب المرأة .

وأما البرص فما ورد عن أبي عبيدة عن أبي جعفر (ع) اذا دلست العفلاء ، والبرصاء[4] وغيرها من الروايات فانها صريحة على اعتبار البرص من جملة العيوب لها .

ويقصد من البرص هو بياض في الوجه ولا يشمل البهق فانه حقيقة اخرى مباينة لحقيقة البرص وان اتحد في البياض الا ان البرص له تأثير في

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٢ .
(٢) الجواهر ج ٣٠ ص ٣٣١ .
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٤) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

البشرة بحيث يكون له عمق في اللحم إلى العظم بخلاف البهق فانه لا غور فيه .

وقال الجواهر [1] ومن علاماته انه اذا غرز في الموضع ابرة لم يخرج دم بل ماء أبيض وان دلك لم يحمر اذا ويكون جلده انزل وشعره أبيض .

وأما العمى فكما ورد عن صحيح داود بن سرحان عن أبي عبدالله (ع) في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال ترد على وليها[2] .

وفي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال ترد البرصاء والعمياء والعرجاء والجذماء[3] .

والظاهر من عرض الصحيحين على اعتبار العمى من جملة العيوب في المرأة وان أورد على الصحيحين في مقام العرج على حصر العيب في الزمانة وذكر المصباح ان الزمانة مرض يدوم زماناً طويلاً .

وظاهر صحيح داود بن سرحان وصحيح أبي عبيدة[4] يعطى مفهوم العدد الذي قام الدليل على عدم حجيته لانه قد حصر العيب فيهما في غير العرج مفاده كمفهوم العدد .

الا انه مع ذلك كله بالنظر إلى العمى قد اعتبر من جملة العيوب التي ينفسخ العقد ويكون للرجل الخيار فيه كما ذهب اليه الجواهر[5] بلا خلاف صريح اجده فيه .

---

(١) الجواهر ج ٣٠ ص ٣٣٢ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٧ .
(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٥) الجواهر ج ٣٠ ص ٣٣٨ .

أما المرأة العوراء فلا ترد على الرجل كما ورد عن صحيح الحلبي عن الصادق (ع) في الرجل يتزوج الامة إلى قوم فاذا امرأة عوراء ولم يبينوا له قال لا ترد[1] كما انه لا ترد في صورة العمش وقصر النظر .

وأما القرن فذكر الشرائع قيل انه العفل وقيل انه عظم ينبت في الرحم يمنع من الوطء والأول اشبه والميزان في القرن سواء ان فسر بمعنى العفل وهو اللحم في الفرج يمنع الوطء أم هو عظم كالسن في الفرج يمنع من الوطء كل ذلك يوجب الخيار في الفسخ كما ورد عن صحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله عن الصادق (ع) المرأة ترد من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل ما لم يقع عليها فاذا وقع عليها فلا[2] .

وقد ورد في خبر أبي الصباح سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة فوجدها قرناء قال هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردها على أهلها صاغرة ولا مهر لها[3] .

ويبدو من الروايات اختلاف حقيقة العفل عن غيره الا ان الكل ان رجع إلى عدم القدرة على الوطء فللـزوج الخيار ولا اثر لاختلاف الحقيقة في الميزان الشرعي .

الا ان ما ورد في رواية الحسن بن صالح سألت أبا عبدالله (ع) عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال هذه لا تحبل وينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها قلت فان دخل بها قال ان علم بها قبل أن يجامعها ثم جامعها فقد رضي وان لم يعلم بها الا بعد ما جامعها فان شاء أمسك وان شاء سرحها ولها ما أخذت منه بما استحل من فرجها[4] .

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٦ .
(٢) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٤ .
(٤) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٣ .

ويكون المستفاد من الرواية انه يمكن في حال القرن المجامعة ولم يكن القرن علة مانعة عن الاتصال المباشر الا انه يكون الامام (ع) جعل عدة طرق للفسخ .

منها : عدم القدرة على الجماع اذا كان القرن أو العفل مانعاً تماماً .

منها : المانعية عن التوالد الذي يمكن أن نعبر عنه العقم بالتسبيب لا العقم الذاتي .

منها : عدم القدرة على المقاربة في الصورة الغالبية والصورة النادرة في المجامعة لا تؤثر في الحكم الكلي في ترتب الفسخ عليه .

وأما الافضاء بان يختلط طريق البول والحيض ويعتبر من العيوب الموجبة للفسخ كما عليه النصوص والفتوى ولا خلاف في كونه عيباً كما عن الجواهر بل الاجماع بقسميه عليه .

كما جاء في صحيح أبي عبيدة عن أبي جعفر (ع) اذا دلست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها من زمانة ظاهرة فانها ترد على أهلها من غير طلاق[1] .

وأما العرج فقد تعددت فيه الأقوال عند فقهاء الامامية بلحاظ اختلاف الروايات :

١ ـ قد اعتبر عيباً مطلقاً كما ذهب الاسكافي وابن البراج والشيخ في النهاية كما ورد عن صحيحة داود بن سرحان عن الصادق في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء قال ترد على وليها وان كان بها زمانة لا يراها الرجال أجيز شهادة النساء عليها .

---

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

وجاء في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر [1] قال ترد البرصاء والعمياء والعرجاء .

٢ ـ ان يقع العيب واضحاً كما عن العلامة وقال في جامع المقاصد الظاهران المراد بالاقعاد في المتن والقواعد والعرج البيّن واحد وهو ان يكون فاحشاً لا يستطيع معه التردد في العادة الا بالمشقة الكثيرة فلا ترد بالعرج اليسير وهو الذي لا يكون كذلك .

وذهب صاحب جامع المقاصد وقال هذا هو المختار لان في صحيحة داود بن سرحان وان كان بها زمانة وظاهران الرد منوط بالزمانة ومفهوم الشرط معتبر عند جمع من المحققين وكذا رواية أبي عبيدة مع ان المطلق يجب حمله على المقيد والاقتصار في المخالف للأصل على موضع اليقين وقال ابن ادريس والحق اصحابنا عيباً ثامناً وهو العرج البين ذهب اليه شيخنا في نهايته .

٣ ـ ان يكون العرج إلى مرحلة الاقعاد كما ذهب اليه في الشرائع وقال ظهره دخوله في أسباب الفسخ اذا بلغ الاقعاد كما سار إلى هذه النظرية لفاضل في الارشاد .

٤ ـ القول بعدم كون العرج عيباً مطلقاً سواء كان واصلاً إلى مرحلة الاقعاد وعبر عنه بالزمانة أم غيره .

والذي نلمحه من الأدلة ان العرج لا يقصد به مطلق العرج وانما يراد به وصوله إلى مرحلة الاقعاد لقيد الزمانة كما في صحيح أبي عبيدة وصحيح داود بن سرحان الا ان نقول ان الزمانة لا تفسر بالاقعاد وذكر في المنجد الزمانة العاهة عدم بعض الاعضاء تعطيل القوى والظاهر ليس مجرد العرج

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

الذي لا يستبان وانما الملحوظ وصوله إلى محل الاقعاد وتعطيل القوى فالعرج من المراتب المشككة والامام فسر تلك المراحل العضوية إلى مرتبة التعطيل ولا يوجد الا بمرحلة الاقعاد دون المرتبة الضعيفة خلافاً لصاحب الجواهر قال فالاقوى كون العرج مطلقاً عيباً الا انه لا يكون بيناً على وجه لا يعد عيباً عرفاً .

العيوب المتجددة

لا كلام في فسخ العقد اذا كانت العيوب قبل العقد وأما المتجددة بعد العقد وقبل الدخول فقد وقع الخلاف بين علماء الامامية .

الا ان الذي نرتئيه لزوم العقد ولا مجال للفسخ والنصوص لا يستفاد منها كون العيب وقع بعد العقد وانما الذي يستفاد منها عدم العلم والتعبير بالتدليس كناية على التكتم على عيبها .

وأما مسألة الدخول لم يكن دخيلاً في أثر أصالة اللزوم والفسخ انما يتسلط على عنوان العقد وفك اللزوم منه فلا أثر للدخول في مجال الفسخ .

فورية الفسخ

عند ثبوت أحد العيوب يكون الفسخ فورياً من غير تأخير فلو أخره صاحب الخيار لزم العقد عند العلم بالفورية أو العلم بالخيار دون الجهل بهما وان ذكرنا في المباحث الأصولية ان الفور والتراخي ليس لهما الدخالة في طبيعة الأمر وانما يستفاد منهما من دوال أخرى لا من حاق الطبيعة الا ان الفورية في الفسخ قد استقرت عن أدلة خاصة .

وذكر صاحب المسالك ان العيب ان كان ظاهراً لا نزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ وان توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في

المرافعة الى الحاكم فاذا ثبت اختار الفسخ فوراً .

وجاء في التحرير بان الفورية هي المرافعة إلى الحاكم وان كانا متفقين على العيب وكذلك عن الشيخ وهو حسن حيث يتوقف الأمر على الحاكم .

وحيث ان الفورية في المقام اخذت بنحو الشرط في الفسخ فالتأخير بدون المرافعة لا يسقط واقعيتها فالفورية لم تكن مستمرة إلى دور المرافعة حيث ان الخيار مترتب على استقرار العيب وثبوته لا بالنظر إلى ثبوته أمام الحاكم الشرعي ولا يشترط ان يكون الفسخ أمام الحاكم الشرعي لاطلاق الأدلة كما انه لا يضر بالفورية عند الجهل بها .

الاختلاف في العيب

اذا وقع الاختلاف في العيب عند صورة خفائه وعدم وضوحه فان وجدت البينة لدى الزوج قدم قوله والا فالقول قول الزوجة مع اليمين أو ان مجرد النكول كاف في قطع الخصومة على الخلاف هناك في مقام الدعوى بان النكول هل يكفي في الخروج عن دائرة الدعوى .

وقد ذكرنا في محله انه لا يكفي الا بالرجوع إلى القسم حيث ان الدعوى مفتحة الأبواب ما لم تقدم على الحلف كما يبدو من ظاهر رواية أبي ولاد .

الفسخ قبل الدخول أو بعده

اذا فسخ قبل الدخول باحد العيوب فلا مهر عليه كما جاء في صحيح أبي عبيدة ان لم يكن دخل بها فلا عدة لها ولا مهر لها[1] .

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١ .

وهكذا جاء في رواية أبي الصباح عن الصادق (ع) قال يردها على أهلها صاغرة ولا مهر لها[1] .

وانما البحث بالنظر إلى جريان الفسخ بعد الدخول فهل يثبت مهر المسمى أو مهر المثل والاختلاف في الاتجاهين المثلي أو المسمي يقع على التفصيل الآتي .

ان كان الفسخ انيط بالعيب المتجدد بعد استقراره حين دخل بها فيجب مهر المسمى .

وان انيط الفسخ عند أول حدوث العيب دون النظر إلى حال استقراره فيكون مقتضاه مهر المثل دون المسمى .

والذي نلحظه هو مهر المثل دون المسمى حيث توجد فعلية الفسخ بمجرد حدوث العيب دون النظر إلى استقراره فان كان قبل الدخول فلا مهر وان كان بعده فيجب مهر المثل .

ويتحقق الفسخ من طرف الزوج كما يتحقق من طرف الزوجة لعدم جريان الفسخ في حضور الحاكم الشرعي كما دلت عليه اطلاق الأدلة .

الا في صورة العنن فان الرجوع للحاكم الشرعي من ناحية التحديد إلى سنة قد دل عليه دليل خاص كما ورد عن البحتري ان علياً (ع) كان يقول يؤخر العنين سنة من يوم مرافقة امرأته فان خلص اليها والا فرق بينهما فان رضيت ان تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها[2] .

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٤ .
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٩ .

وهكذا ما جاء في صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) العنين يتربص به سنة ثم ان شاءت امرأته تزوجت وان شاءت أقامت(١).

وكذا في خبر الكناني قال (ع) أجل سنة حتى يعالج نفسه(٢).

الخروج عن دائرة الفسخ

يقع البحث في بعض الأمور التي تخرج موضوعاً عن حقيقة الفسخ وتتصور على جهات:

١ ـ لو تزوج بعنوان كونها باكراً فظهرت ثيباً فان الثيبوبة بازاء البكارة ليست عيباً وانما قد تنعدم وتفتق من الطفرة كما ورد عن أبي الحسن (ع) في الرجل يتزوج المرأة على انها بكر فيجد ثيباً ايجوز أن يقيم عليها قال قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة(٣).

٢ ـ اذا تزوج امرأة وظهر للزوج انها قد زنت بعد الدخول فلا يوجب فسخ العقد لأن العقد قد لزم وليس له حق الرجوع بالمهر لانه قد دخل بها كما جاء عن الامام الصادق (ع) عندما سأله رفاعة عن المحدود والمحدودة هل يردّ من النكاح قال لا(٤).

٣ ـ حصول العيب بعد الدخول فلا يكون مشمولاً لادلة الفسخ وانما يقع العقد لازماً كما ورد عن غياث عن جعفر عن أبيه (ع) واذا دخل بها فهي امرأته(٥).

(١) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٥.
(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٧.
(٣) الوسائل باب ١٠ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١.
(٤) الوسائل باب ٥ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٢.
(٥) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ١٤.

٤ ـ عدم المبادرة إلى الفسخ بعد العلم به وانما على صاحب الخيار المسارعة في الفسخ فان رضي به فيقع العقد لازماً غير قابل للانفكاك والا فلا يكون لازماً .

٥ ـ خروج العوراء عن دائرة العيب كما ورد عن أبي عبدالله (ع) قال في رجل يتزوج إلى قوم فاذا امرأته عوراء ولم يبينوا له قال لا يرد انما النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل الخ[1] .

الفسخ والانفساخ

يقع موضوع حديثنا حول جهة الفرق بين الفسخ والانفساخ حيث ان عنوان الانفساخ ان تخرج الزوجة عن زوجها من غير اجراء صيغة الفسخ بخلاف الفسخ فالانفساخ يوجد في مثل الارتداد وزنا الزوجة قبل دخول الزوج مضافاً إلى عدم ملكيتها للمهر لانها تملك بشرط الدخول .

الحضانة في نظر الاسلام

ورد في اللغة حضن الطائر بيضه يحضنه اذا ضمه إلى نفسه وجاء في المقابيس أصل الحضانة الحفظ والصيانة وعرفها الفقهاء بانها عبارة عن القيام بحفظ الصغير أو الصغيرة وتكون الام أحق بالولد من الأب وسبب تقديم الأم ان لها ولاية الحضانة والرضاع لانها أعرف بالتربية وأقدر عليها ولها من الصبر في هذه الناحية ما ليس للرجل وعندها من الوقت ما ليس عنده لهذا قدمت الأم رعاية لمصلحة الطفل فعن عبدالله بن عمران ان امرأة قالت لرسول الله (ص) ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له

(١) الوسائل باب ١ من أبواب العيوب والتدليس حديث ٢ .

سقاء وزعم أبوه انه ينزعه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي[1] اخرجه أحمد وأبو داود البيهقي والحاكم وصححه ويشترط فيها: ١ ـ العقل فلا حضانة لمعتوه ولا مجنون ٢ ـ البلوغ ـ ٣ ـ القدرة على التربية فلا حضانة لكفيفة أو ضعيفة البصر ولا لمريضة مرضاً معدياً أو مرضاً يعجزها عن القيام بشئونه ولا لمتقدمة في السن تقدماً يحوجها إلى رعاية غيرها لها ولا لمهملة لشئون بيتها كثيرة المغادرة له ٤ ـ الامانة والخلق لان الفاسقة غير مأمونة على الصغير ولا يوثق لها في أداء واجب الحضانة .

وقد اشترط أصحاب أحمد والشافعي العدالة ٥ ـ الاسلام فلا تثبت الحضانة للحاضنة الكافرة للصغير المسلم لان الحضانة ولاية ولم يجعل الله ولاية للكافر على المؤمن ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ النساء ١٤١ الا ان الاحناف وابن القاسم من المالكية وأبو ثور ذهبوا إلى ان الحضانة للحاضنة مع كفرها واسلام الولد لان الحضانة لا تتجاوز رضاع الطفل وخدمته وكلاهما يجوز من الكافرة ولكن الاحناف اشترطوا ان لا تكون مرتدة مع جوازهم للحاضنة الكافرة ٦ ـ ان لا تكون متزوجة فاذا تزوجت سقط حقها في الحضانة لما رواه عبدالله بن عمرو ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه انه ينزعه مني فقال أنت أحق به ما لم تنكحي اخرجه أحمد وأبو داود والبيهقي والحاكم ٧ ـ الحرية اذ ان المملوك مشغول بحق سيده فلا يتفرغ لحضانة الطفل وقال مالك في حر له ولد من امه ان الأم أحق به إلا ان تباع فتنتقل بعده فيكون الأب أحق به واجرة الحضانة مثل اجرة الرضاع لا تستحقها الأم مادامت زوجة .

وجاء في القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مادة ٢٠ ما نصه

---

(١) فقه السنة للسيد سابق مجلد ٢ ص ٣٣٩ ـ ٣٥١ .

(وللقاضي ان يأذن بحضانة النساء للصغير بعد سبع سنين إلى تسع وللصغيرة بعد تسع سنين إلى احدى عشرة سنة اذا تعين ان مصلحتها تقتضي ذلك .

ويقول أبو حنيفة الاب أحق بالولد والأم أحق بالبنت حتى تتزوج أو تبلغ وقال مالك الأم أحق بالولد حتى يثغر .

وعند الحنابلة الأب أحق بها من غير تخيير اذا بلغت تسعاً والأم أحق بها إلى تسع سنين وقالت الشافعية فان كان ابناً فاختار الأم كان عندها بالليل ويأخذه الأب بالنهار في مكتب أو صنعة لان القصد حفظ الولد فيما ذكرناه وان اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة أمه لان المنع من ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم فان مرض كانت الأم احق بتمريضه .

وأما في نظر الفقه الشيعي فذكر في المسالك والقواعد الحضانة ولاية وسلطنة على تربية الطفل وما يتعلق بها من مصلحة حفظه وجعله في سريره وكحله وتنظيفه وغسل خرقه وثيابه ونحو ذلك .

ويبدو من خلال تعبيرهما ان الولاية بنحو الحكم دون الحق وبهذا لا يصح اسقاطها ولذا ناقشهما الجواهر بعدم مساعدة الأدلة على ذلك .

وورد في الرياض انه لا شبهة في كون الحضانة حقاً لمن ذكر ولكن هل تجب عليه مع ذلك أم له اسقاط حقه منها الأصل يقتضي ذلك .

والذي نلاحظه من الأدلة هو استفادة الحق دون الحكم في الحضانة كما ورد في مرسلة المنقري سئل أبو عبدالله (ع) عن الرجل يطلق امرأته وبينهما ولد أيهما أحق قال المرأة أحق بالولد ما لم تتزوج(١) .

ورواية أيوب بن نوح قال كتب بعض أصحابه انه كانت لي امرأة ولي

---

(١) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ .

منها ولد فخليت سبيلها فكتب المرأة أحق بالولد إلى ان يبلغ سبع سنين الا ان تشاء المرأة[1] .

وفي خبر داود الرقي قال (ع) ليس للعبد ان يأخذ منها ولدها وان تزوجت حتى يعتق هي أحق بولدها منه ما دام مملوكاً فاذا اعتق فهو أحق بهم منها[2] .

فمن مجموع هذا العرض الروائي يمكنك أن تستفيد ان المورد من نوع الحق دون الحكم وان الحق قابل للاسقاط كما يدل عليه تعبير الامام تارة بالاشائة واخرى بالتعليق على التزويج بينما عنوان الحكم غير صالح للحمل على الاسقاط والتعليق على شيء لان الحكم دائماً قد ورد بنحو القضية الحقيقية دون القضية الشخصية الذي يناط بموضوعه وجوداً وعدماً كما ان الحضانة ليست مشتركة بين الزوجين .

وتشاهد أيضاً في تعبير الامام (ع) في خبر أيوب بن نوح قال كتب اليه مع بشار بن بشير جعلت فداك رجل تزوج امرأة فولدت منه ثم فارقها متى يجب له ان يأخذ ولده فكتب اذا صار له سبع سنين فان أخذه فله وان تركه فله[3] .

انه قال فان أخذه فله وان تركه فله فيه دلالة على استمرارية الحق في الزمن الطولي ولا توجد الحضانة في اطار الرقية وانما توجد في قالب الحرية لان الحضانة من نوع السلطنة ودور الرقية تعطي صفحة عدم السلطنة وانما هي مقهورة تجاه ارادة المولى .

(١) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ .
(٢) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ .
(٣) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ٧ .

كما انها لا ولاية لها اذا كانت كافرة والأب كان مسلماً لقوله سبحانه ﴿ولم يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا﴾ (النساء ١٤١) .

وأما بالنسبة إلى المجنونة فلها الحق الا ان دور التربية ينتقل إلى وليها لشمول الأدلة لها وعدم سقوط حقها في دور الجنون من غير فرق بين الجنون الادواري أو الاطباقي .

تحديد الحضانة

ذكر انه يقع تحديد الحضانة بالنسبة للولد والأنثى بمقدار حولين كما في الرضاع وورد في الرياض عليه الاجماع والنص والفتوى ولقوله تعالى ﴿ولا تضار والدة بولدها﴾ (البقرة ٢٣٣) وتفسير الآية ان المراضع كن يدافعن ازواجهن عن المقاربة فتقول المرضعة لا أدعك اني أخاف ان احبل فاقتل ولدي هذا الذي أرضعه وكان الرجل تدعوه المرأة فيقول اني أخاف ان أجامعك فاقتل ولدي فيدفعها فلا يجامعها فنهى سبحانه عن ذلك ان يضار الرجل المرأة والمرأة الرجل .

الا ان الاجماع لا اثر له مع وجود الاختلاف هذا مع كون بعض النصوص الروائية فيها تحديد لمقدار سبع سنوات للولد كما ورد في رواية نوح السابقة .

ولكن المشهور على خلاف السبع وقال صاحب الشرائع فالأم أحق بالولد مدة الرضاع وهي حولان ذكراً كان أم انثى وأما رواية نوح فهي مرسلة هذا مع انه قد حملها جماعة على الانثى .

فالحق كما عليه المشهور من استقرار الأحقية إلى مقدار حولين وما نقص عنهما تكون الأم لها الأحقية على الأب فلا يجوز للأب أخذ الولد في ظرف الحولين كما جاء عن داود بن الحصين عن أبي عبدالله (ع) قال والوالدات يرضعن أولادهن قال مادام الولد في الرضاع فهو بين الأبوين

بالسوية فاذا فطم فالأب أحق به من الأم فاذا مات الأب فالأم أحق به من العصبة وان وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم وقالت الأم لا أرضعه الا بخمسة دراهم فان له أن ينزعه الا ان ذلك خير له وأرفق به ان يترك مع أمه[1] .

وان كان ظاهر الرواية تعطى المشاركة في الحقية بين الزوجين الا انه يمكن الاستدلال من زاوية اخرى وهي كون الحضانة ينتهي أمدها في الفطام فينتقل الحق إلى طرف الأب ويكون دور الحضانة في دائرة الرضاع الا ان الظاهر من الأدلة عنوان الولد دون الانثى فتكون السبعة في جانب الأم وأول الفطام في خصوص الذكر بتقديم أحقية الأب على الأم .

أما الخنثى المشكل فيمكن شموله لاطلاق أدلة الحولين والا اذا سرنا على قاعدة الاستصحاب فيكون حق الأم إلى سبع سنوات كما في جريان حقها إلى البنت وان قلنا ان الميزان في الفطام من غير فرق بين الذكر والأنثى فالخنثى داخل في دائرة حكم الذكر والأنثى .

ولا يقدم الوصي على الأم في الحضانة ولذا قال سبحانه ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ (الأنفال ٧٥) ولما ورد في رواية داود السابقة فاذا مات الأب فالأم أحق به من العصبة .

ومع فقدان الأبوين تنتقل الحضانة إلى الجد من طرف الأب ولا اليه من طرف الأم .

وذكر ان الحضانة تترتب على نسق الميراث وقال الشرائع فيه تردد وفي الجواهر المنع .

والذي نعتقده كما عليه الجواهر انه مع فقدان الجد ينتقل الحق إلى الوصي ثم للأرحام على مراتبهم في الأرث ثم الحاكم ثم للمسلمين .

---

(١) الوسائل باب ٨١ من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ .

الطلاق المقارن

الطلاق
في الشريعة اليهودية

يأتي الطلاق في الشريعه اليهودية كما ورد في التوراة .

راجع سفر الأحبار الفصل الحادي والعشرون ٧ ـ بامرأة فاجرة أو مبذولة لا يتزوجوا بامرأة مطلقة من بعلها لا يتزوجوا لأنهم مقدسون لآلهم ١٤ ـ وأما الأرملة أو المطلقة أو المبذولة أو الفاجرة فتلك لا يتخذها بل امرأة بكراً من قومه .

إذا اتخذ رجل امرأة وصار لها بعلا ثم لم تحظ عنده لعيب انكره عليها فليكتب لها كتاب طلاق ويدفعه إلى يدها ويصرفها من بيته (الفصل الرابع والعشرون سفر تثنية الاشتراع) .

ولا يجوز لها أن تتزوج من الزوج الأول إذا تزوجت بالزوج الثاني ثم مات أو طلقها ـ رقم ٢

وجاء في المادة ٣٢٤ من مجموعة بن شمعون أن الرجل أساس في الطلاق وأنه بيده وليس قبول المرأة شرطاً فيه كما ورد في المادة ٣٢٥ .

ويقع الطلاق بعبارة الرجل نفسه كما جاء عن الربانيين .

فإذا طلبت المرأة من السلطة الشرعيه تطليقها منه فالسلطة تلزم الزوج لطلبها إذا وجدت مبرراً في الطلب وإذا امتنع عن الإجابة تعرض للجزاءات الدينيه حين يجوز للشرع عزله وحرمانه من الشعائر والحقوق الملية حتى يطلّق راجع المادة ٣٤٨ .

أما نظرية القرائين فيجوزون حلول السلطة الشرعية محل الزواج في الطلاق[١] وينظر للطلاق بلحاظ حق الزوج كما جاء في المادة ٣٢٨ أنه لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض .

ويرى القراؤون أن مجرد التراضي على وجود الطلاق غير كاف بخلاف الربانيين كما جاء في النص إذا كان هناك تراض بين الإثنين فإن المسوغات لا يتوقف الامر عليها والحال هذه بل يطلقها (أي الرجل) ولو بلا سبب أصلاً مادامت (أي الزوجة) قابلة .

أما القراؤون كما ذكرنا فإنهم كثير التشدد في إستخلاص معنى المسوغ للطلاق[٢] .

وقد توسع الربانيون في حق الزوج في الطلاق ولو كانت هناك امرأة أجمل من زوجته راجع شعار الخضر ص ١٢٩ إستناداً لما ورد في سفر التثنية إصحاح ٢٤ آية ١ قوله لم تجد نعمة في عينيه أو نص آخر لم تحظ في نظره .
بخلاف نظرية القرائين في الوقوف في مفهوم المسوغ ولكن تاملوا في صدق عنوان العيب الذي ورد في التوراة كما في قوله لأنه وجد فيها عيب شيء وردوا العيب إلى قسمين :

---

(١) راجع جميل الشرقاوى ص ٢١١ .
(٢) راجع نظام الزواج محمد شكري سرور ص ٢٩ .

الأول : ما كان في نفس امرأة ماسا بدينها سواء كان قاصراً عليها كإبتذالها الأيام المقدسة وأكلها النجس أو ما لا يحل أو كان متعد غيرها كإطعامها ذلك أو إخفائها الحيض . الثاني : ما كان في خلقة المرأة أو خلقها وهو عندهم على ثلاثة اضرب أو ضربين :

أ ـ ما كان في صفة المرأة أو منظرها كالريح الخبيثة في الفم أو الأنف والعماء والصمم والجنون والحمق والخرس ، وبالجملة كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها .

ب ـ ما كان في خلق المرأة مما يستدل عليه من سب الوالدين أو سوء المعاملة لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة أو إبتذال في الطرق والأسواق بلا إطلاع زوجها وإتيان ما يمس الشرف وإلتماسها منه صريحاً ما هو مفهوم[1] .

ويرى القراؤون إذا كان الرجل يعلم قبل الزواج بالعيب غير الهين ولا المحتمل في جانب من أقدم على الزواج منها فإنه في هذه الشريعة لا يجوز له أن يطلقها إلا بالمؤجل[2] .

وقوع الطلاق أمام المحكمة

يشترط القانون التشريعي اليهودي على إيقاع الطلاق أمام السلطة الشرعية كما ورد في المادة ٣٣٦ لمجموعة ابن شمعون وقال كل طلاق من سلطة اجنبية لا يعتبر شرعاً كما ورد في المادة ٣٣٧ ولكن لا يعتبر أن تكون السلطة الشرعية تقع محل الرجل في الطلاق .

(١) راجع شعار الخضر ص ١٢٧ .
(٢) راجع شعار الخضر ص ١٢٧ .

أما دور القرائين حيث أنهم يرون أن الطلاق لا يتحقق إلا إذا كان في المرأة عيب غير هين مما لا يمكن تحمله فلابد أن تلحظه رجال أهل الشرع ويكونوا هم الرقباء على إجراء الطلاق .

أما شريعة الربانيين فلا يعتبرون هذه الشدة في الطلاق وإنما يكتفون بمجرد الاشهاد على الطلاق مادام يكفي وجود المسوغ للطلاق .

فعلى نظرية القرائين إذا وقع الطلاق أمام السلطة الشرعية من غير اذنها لعدم قبولها لما يدعيه من مسوغ يكون في حقه معصية دينيه[١] .

وتقل أهمية الرقابة عند الاتفاق على الطلاق من الجانبين وليس للسلطة الشرعية أي أثر ولو تقديرية وإنما تعطى صورة عن مجرد الإقرار للطلاق[٢] .

شروط الطلاق عند اليهود

تأتي شروط الطلاق عند اليهود على نوعين :

١ ـ من حيث المسوغ للطلاق .

٢ ـ من حيث جهة المطلق والمطلقة .

أما بيان المسوغ فقد وردت في مجموعة بن شمعون المادة ٣٢٨ أنه لا يليق بالرجل أن يطلق أول زوجة له بغير مقتض .

إلا أنه جاء في شعار الخضر في شريعة القرائين أن مسوغات الطلاق لا تلزم إذا كان هناك تراضٍ بين الإثنين فإن المسوغات لا يتوقف الأمر عليها والحال هذه بل يطلقها ـ أي الرجل ـ ولو بلا سبب أصلاً مادامت ـ أي الزوجة ـ قابلة[٣] .

---

(١) راجع جميل الشرقاوى ص ٢١٢ .

(٢) (٣) راجع شعار الخضر ص ١٢٩ .

وأما التوراة فيكتفى بالطلاق ولو كانت المرأة أقل جمالاً من الرجل والتعبير في التوارة هكذا ورد لم تحظ في نظره والتعبير الثاني لم تجد نعمة في عينيه[1] .

فالقراؤون تمسكوا بجواز الطلاق عن وجود التوراة ويعتبر أن فيها عيباً لأنها لم تحظ بنظرة عند الزوج وأنها عيب بمقتضى التعليل الذي ورد في التوراة لأنه وجد فيها عيب شيء فلاحظوا شرح ذلك وتوسعته إلى ما كانت مبتذلة للأيام المقدسة وأكلها النجس أولا يحل أو إخفائها الحيض فتكون مخالفة لأحكام العيب وله حق الطلاق .

أو يرجع العيب في خلقة المرأة أو خلقها ففي خلقة المرأة كالريح الخبيثة في الفم أو الأنف والعماء والصمم والجنون والحمق والخرس وبالجمله كل عاهة لا يرجى برؤها ولا يطاق احتمالها .

وأما بالنسبة إلى خُلق المرأة كسب الوالدين أو سوء المعاملة لكثرة النزاع وشدة المعاندة والوقاحة أو الإبتذال في الطرق والأسواق بلا زوجها وإتيان ما يمس الشرف والتماسها منه صريحاً ما هو مفهوم[2] .

أما إذا علم سابقاً بهذه العيوب فلا يجوز أن يطلقها إلا بالمؤجل[3] .

وقوع الطلاق أمام المحكمة الشرعية اليهودية

ورد في شريعة الربانيين أن الطلاق وإن كان من حق الرجل إلا أنه لا يصح إيقاعه شرعاً إلا أمام السلطة الشرعية راجع المادة ٣٣٦ من مجموعة بن شمعون وقالت في تلك المادة نفسها وكل طلاق من سلطة أجنبية لا يعتبر شرعاً .

(١) سفر التثنية اصحاح ٢٤ آية ١ .

(٢) راجع شعار الخضر ص ١٢٧ .

(٣) راجع شعار الخضر ص ١٢٧ .

وتكون السلطة الشرعية أكثر إهتماماً عند القرائين من الربانيين لأن القرائين يرون إن هذه العيوب في المرأة تشخص من قبل السلطة .

فلو أوقع الطلاق من غير إذن من قبل السلطة الشرعية فلا يكون صحيحاً[1] أنه لا طلاق إلا على يد الشرع بقدر ما يكون هناك من المسوغات .

وإذا اتفق الزوجان على الطلاق فلا مجال لسلطة الرقابة على العيوب وإنما السلطة الشرعيه لها حق التصديق على الاتفاق[2] .

وأما بالنظر إلى شروط المطلق بأن يكون عاقلاً وجاء في مجموعة بن شمعون المادة ٣٤٠ بعقله وصحوه كما لا يقع إذا كان مجنوناً أو صغيراً[3] .

وأما مرض الموت فلا يؤثر على القوى العقليه للمطلق[4] .

وقد منع القراؤون طلاق الاخرس حيث جاءت المادة في شعار الخضر يجب ألا يكون معطىٰ الوثيقة أخرس ص ١٣٢ .

وأما الربانيون فيصححون طلاق الأخرس ويفرقون بين وقوع الخرس الطارىء والذي كان من أصل وجوده فإذا كان طارئاً لا يصح بالإشارة راجع المادة ٣٤٣ لأنه يمكنه أن يدون الطلاق بالكتابة وأما الناتج عن مرض قد أضر بالنطق فيمكنه الطلاق طالما أمكن فهم إرادة الطلاق بالإشارة راجع الماده ٣٤٢ .

---

(١) راجع شعار الخضر ص ١٢٩ .

(٢) توفيق فرج ص ١٠٣٩ أحكام الاحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين ط ٣ سنة ١٩٦٤ .

(٣) شعار الخضر ص ١٣٢ .

(٤) راجع المادة ٣٤١ لابن شمعون .

ويرى توفيق حسن فرج في كتابه الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين إن شعار الخضر لا يستفاد منه حرمان الأخرس من الطلاق مطلقاً عند القرائين .

أما بالنظر إلى طلاق الزوجة فورد في مجموعة ابن شمعون للربانيين المادة ٣٣١ أنه يكفي أن تكون مميزة .

ويرى القراؤون من جملة المسوغات للطلاق جنون المرأة ويجوز للرجل أن يطلقها .

وأما الربانيون فلا يصححون طلاق المجنونة قبل شفائها .

ويرى القراؤون أنه لايجوز طلاق الصغيرة إلا إذا كان والدها موجوداً وإلا فإنها لا تطلق حتى تبلغ[١] ومنعت الشريعة اليهودية ككل من عدم طلاق المرأة حال أسرها وإنما عليه أن يعمل وينفق لافتدائها[٢] .

وقد منعت الشريعة الربانية طلاق الزوجة حال المرض وإنما على الزوج أن ينفق على علاجها اللهم إذا أزمن هذا المرض فعندئذ يمكنه أن يخيرها بين أخذها حقوقها لتنفق على نفسها وبين الطلاق ولكنه تخيير ممقوت (المادة ١٣١) .

ويرى القراؤون أن المرض يعتبر مسوغاً للطلاق[٣] .

وعند الربانيين يجوز طلاق الأخرس إذا كان طارئاً[٤] .

---

(١) شعار الخضر ص ٧١ ـ ٧٢ .
(٢) راجع المادة ١٣٣ مجموعة ابن شمعون وشعار الخضر ص ١١٤ ـ ١١٥ .
(٣) شعار الخضر ص ١٢٧ .
(٤) ابن شمعون المادة ٢٣٢ .

وتمنع شريعة القرائين مؤبداً إذا اتهم الرجل المرأة بعدم البكارة واثبت البكارة بعد ذلك قالت يمنع من طلاقها عمره[1].

وتمنع الشريعة اليهودية ككل طلاق المغصوبة بعد زواجها ممن اغتصبها[2].

عدم صحة الطلاق في أوقات خاصة عند اليهود

لايجوز إيقاع الطلاق في الشريعة اليهودية في أيام السبت والأعياد الدينية[3].

ولا يجوز الطلاق يوم الجمعة ضرورة دخول يوم السبت كما لايجوز أن يحصل ليلاً إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك[4].

أما الشروط الشكلية لدى الديانة اليهودية :

١ ـ تحديد وثيقة بالطلاق في محضر شهود :

جاء في المادة ٣٣٦ من مجموعة بن شمعون لا يصح الطلاق شرعاً إلا بوثيقة بحضرة شاهدين كما أنه يستند إلى ما ورد في التوراة من أنه إذا لم تحظ ـ أي الزوجة ـ في عينه أي الزوج بان وجد بها عيباً فيكتب لها وثيقة الطلاق ويسلمها ليدها .

---

(١) شعار الخضر ص ١٢٢ .

(٢) مجموعة ابن شمعون المادة ٤١٤ وشعار الخضر ص ١٢٧ .

(٣) راجع ابن شمعون المادة ٢٣٤ وشعار الخضر ١٣٧ .

(٤) راجع في ذلك المادة ٣٣٥ .

وعلى خلاف الربانيين ذهب القراؤون إلى الأكتفاء بالطلاق بأية صيغة تفيد الطلاق بمعناه الشرعي ولا يتحقق الطلاق بالاجل أو التعليق على شرط أو تقييده بقيد من القيود[1] أما الربانيون فيجوزون الطلاق ولو كان معلقاً على شرط .

٢ ـ تسليم الوثيقة والاشهاد عليها :

يعتبر تمامية الطلاق عند تسليم الوثيقة للمرأة كما جاء في المادة ٣٥٤ من ابن شمعون أما القراؤون فيرون كتابة الوثيقة والاشهاد والتسليم في وقت واحد[2] .

ويتحد المذهبان في صحة الطلاق عند التسليم لوكيل الزوجة ولكن في شريعه الربانيين يبقى الزوج منتظراً إلى أن يأتيه تسليم الرسالة لها وإلا فإن الطلاق لا يكمل كما ورد في المادة ٣٥٩ وله أن يسلم وثيقة الطلاق ولو كان غير غائب عن البلد النص للرجل ولو كان غير غائب عن البلد ـ أن يوكل عنه في تسليم وثيقة الطلاق المادة ٣٥٥ لابن شمعون .

صيغة الطلاق بالمشافهة

ورد في مجموعة بن شمعون المادة ٣٥٤ استلمي وثيقة طلاقك فانك طالق وصرت حلا لغيري .

وبالنظر إلى الوكيل المادة ٣٥٦ هذه وثيقة طلاقك من مطلقك فلأن اسلمها إليك عنه فهو طلقك وصرت حلا لغيره .

---

(١) شعار الخضر ص ١٣٤ ـ ١٣٢ .
(٢) شعار الخضر ص ١٣٢ .

الطلاق الجزائي

يقع الطلاق الجزائي على صور :

١ ـ عدم بكارة المرأة مسوغ للطلاق سواء كان في المذهب الرباني أو القرائي [١] .

فإذا استطاع الزوج أن يثبت أن زوجته قد تصرفت في بكارتها أو هي اقرب بذلك أو ابت أن تحلف اليمين راجع المادة ١٥٢ لابن شمعون .

وإذا قالت أنها لم تعرف رجلاً قبل زواجها راجع المادة ١٥٣ فلا حق لها إلا فيما دخلت به راجع المادة ١٥٣ وإلا وجب على الرجل ردماً في العقد من الحقوق مخصوماً منها قيمة المهر الشرعي المادة ١٥٢ .

٢ ـ عيب المرأة فإنه يجوز للرجل الطلاق بكلا المذهبين وهو كل زيادة أو نقص أو تلف أو فساد أو أية رائحة كريهة في المرأة راجع المادة لابن شمعون ١٦٠ وبه جاء في شريعة القرائين[٢] .

فإذا كان الرجل لا يعلم بهذا العيب فليس للزوجة عند الطلاق إلا ما دخلت به بكرا كانت أم ثيبا راجع المادة ١٥٩ .

أما إذا كان العيب غير خفي أو علم به الرجل وسكت عدّ راضياً به راجع المادة ١٦١ كما لا تقبل جهالة الرجل بالعيب مهما كان خفياً إذا دخل على المرأة ولم يتكلم المادة ١٦٣ وإذا رغب في الطلاق مع ذلك لزمته حقوق زوجته جميعها راجع المادة ١٦١ .

وعلى الزوجة أن تثبت كما ورد اثبات العلم على الزوجة وعلى الرجل

---

(١) راجع المادة ١٥٢ لابن شمعون وشعار الخضر ص ١٢٢ .

(٢) راجع شعار الخضر ص ١٢٧ .

النفي ـ راجع المادة ١٦٢ وجاء أيضاً في شعار الخضر ١٣٧ .

٣ ـ إمتناع الزوجة على الزوج وجاءت الشريعتان بإسقاط حق المرأة إذا طلقت لامتناعها على زوجها بسبب كراهيتها له راجع المادة ١٦٩ لابن شمعون وشعار الخضر ص ١١٧ ـ ١١٨ فعلى مذهب الربانيين الطلاق جائز للرجل وواجب على مذهب القرائين[1] .

٤ ـ إذا خالفت الشرع والأدب جاز للرجل أن يطلق زوجته وتسقط حقوقها راجع المادة ١٧٧ من ابن شمعون .

وفي شريعة الربانيين تعد مخالفة للشرع إذا ارتدت أو اطعمت زوجها بغير علمه شيئاً محرماً شرعاً أو تكتمت الطمث حيث يجب عليها الاخبار به أو هددت زوجها بالأذى راجع في ذلك المادة ١٧٨ وراجع المادة ١٩١ إذا خرجت على اللياقة والاحتشام أو تعدت على زوجها أو ابويه بالسب أو الشتم على أنه في هذا الفرض يجب على الرجل أن يشهد عليها شاهدين عدلين وينذرها أمامهما بسقوط حقوقها إذا عادت إلى المخالفة وبهذا تسقط حقوقها عند الطلاق وإلا فلا المادة ١٨٠[2] .

٥ ـ أن يكون الكره من جانب المرأة فجاء في شريعة الربانيين للرجل أن يطلق زوجته بلا حقوق إذا كرهته وابت منه الطلاق وامهلت سنة راجع المادة ١٧٢ .

الطلاق غير الجزائي

إن تلك الصور التي ذكرناها قد تضمنت الطلاق مع عدم وجود حقوق للزوجة أما في الطلاق غير الجزائي فيمكن أن يقع الطلاق مع الحفاظ على

(١) راجع شعار الخضر ص ١١٨ .
(٢) راجع شعار الخضر ص ١٢٠ ـ ١٢١ ـ ١٢٧ .

حقوقها كتكرار الإجهاض فإذا تكرر الإجهاض بعد الزواج ثلاث مرات تلو بعضها جاز للرجل الطلاق وللزوجه ما لها في العقد من الحقوق راجع المادة ١٦٧ من مجموعة بن شمعون وشعار الخضر ص ١٢٠ .

أو يكون في المرأة عيب يكرهه الرجل .

حق الزوجه في الطلاق

قد جعلت الشريعة اليهودية حقاً للمرأة في الطلاق .

١ ـ الإخلال بواجب الاتصال الجنسي حيث أن للمرأة على الرجل حق مباشرتها مع مراعاة قوته وصحته وعمله راجع المادة ١٢٤ لابن شمعون .

فإذا لم يشف جاز لها طلب طلاقها ولها مؤجل الصداق راجع المادة ١٢٧ وشعار الخضر ص ١١٣ ـ ١٢٨ .

على أنه إذا كان المرض يرجى شفاؤه فللسلطة الشرعية مدّ المهلة راجع المادة ١٢٨ .

إذا كان الرجل عنيناً أو عقيم الماء وكانت الزوجة في عوز إلى غلام جاز لها طلب الطلاق راجع المادة ٢١٠ وشعار الخضر ص ١١٣ ـ ١٢٨ .

٢ ـ الإخلال بواجب الانفاق راجع المادة ٢٢١ وشعار الخضر ص ١١١ ـ ١١٣ . كما يجوز طلب الطلاق إذا اعتاد اطعامها غير الحلال المادة ٢٠٦ .

٣ ـ عدم حسن المعاشرة من سوء خلق الزوج راجع المادة ٢٢١ أو لإعتياده ضرب زوجته راجع المادة ٢١٦ .

٤ ـ عدم الإخلاص والأمانة كأن يعتاد الرجل على الزنا راجع المادة ٢١٦ خلافاً للقرائين راجع شعار الخضر ص ١٢٨ .

ويجوز لها الطلاق مع سقوط حقوقها كأن كانت المرأة تكره الزوج فقد اجازت شريعة الربانيين جواز مطالبتها للطلاق راجع المادة ١٧٢ أو كان فيه رائحة كريهة في انفه أو في فمه أو لأنه اشتغل دباغا راجع المادة ٢٠٦ هذا إذا لم تعلم الزوجه سابقاً راجع المادة ٢٠٧ وجاء في شعار الخضر ص ١٢٨ .

وقد يجب الطلاق مع سقوط حقوق المرأة كتكرار دم الحيض ثلاثة مرات متواليات عقب الزواج ويتحقق ذلك حين اختلاء الرجل بالزوجة وبهذا تكون محرمة عليه ووجب عليه تطليقها وليس عليه إلا ما دخلت به ولايجوز عقده عليها ثانية راجع المادة ١٥٥ لابن شمعون .

أو أن المرأة تكون زانية فقد جاء النص للمادة رقم ١٨١ ـ ١٨٣ إذا ثبت شرعاً ومع ذلك يكفي أن يعلم الرجل من ثقة أن زوجته تزني أو أن يعتقد هو زناها وعندئذ تحرم عليه وبهذا المضمون ورد في شعار الخضر ص ١٢ .

وورد أنه إذا نهى الرجل امرأته عن أحد وانذرها بحضرة شاهدين ثم ثبت اختلاؤها به ومكثها معه حرمت على زوجها ولا حق لها راجع في ذلك المادة ١٨٨ لمجموعة بن شمعون .

ولو رمت نفسها بالزنا ابتغاء التخلص من الرجل والتزويج بغيره فلا يعول على كلامها والحال هذه إذا اقرها الزوج المادة ١٨٢ .

وقد يجب الطلاق مع حفظ حقوقها وذلك قد يتحقق تكرار ظهور دم الحيض ثلاث مرات متواليات حين اختلاء الزوج بزوجته طالما لم يكن ذلك عقب الزواج وورد النص في المادة ١٥١ وللمرأة كل ما لها من الحقوق في العقد .

وإذا كانت المرأة عقيماً فإنه يجب الطلاق مع الاحتفاظ بحقوقها ورد النص في مجموعة ابن شمعون عقم الزوجة عشر سنين أو خمس إذا كانت ثيبا يوجب على الرجل شرعاً أن يطلقها .

ومما يوجب الطلاق ويكون واجباً مرض أحد الزوجين بالصرع كما جاء في المادة ٢٠٥ وللشرع أن يأمر بالحيلولة ولو ابت الزوجة كما ورد في المادة (٢٠٤) .

أو العقم من جانب الرجل فإنه واجب الطلاق ورد في المادة ٢١٣ .
أو كراهة الرجل لزوجته فإنه أيضاً واجب الطلاق راجع المادة ٢١٤ .
أو كان الرجل لا يمكنه من النفقة على زوجته راجع المادة ٢١٥ .

أو كان من عادة الرجل بضرب زوجته بعد توبيخ الشرع للزوج وتحليفه إياه بعدم اللجوء إليه راجع المادة ٢١٧ اللهم إلا إذا كان للضرب باعث شرعي من جهة الزوجة راجع في ذلك المادة ٢١٨ .

الطلاق
في الشريعة المسيحية

أن الطلاق لم يكن قانوناً عاماً يعترف به جميع المذاهب بل الذي نشاهده في المذهب الارثوذكسي والبروتستانتي قد اعترفا بالطلاق على خلاف بينهما بحسب الاسباب .

وعندما تطالع رأى المذهب الكاثوليكي يقول أنه لا يقبل الطلاق، طريقاً لإنحلال الرابطة الزوجية أيا كانت دواعيه وإنما يكفي مجرد التفريق الجسدي بين الزوجين مع وجود الرابطة الزوجية بينهما ويعلل بعدم إنحلال الرابطة الزوجية لأنها وقعت أبدية لايجوز انحلالها حال حياتهما كأبدية علاقة السيد المسيح بالكنيسة إذ كما جاء في انجيل مرقس على لسان السيد المسيح ٨ ويكون الاثنان جسداً واحداً إذن ليس بعد اثنين بل واحد ٩ ـ فالذي جمعه الله لا يفرقه انسان ـ مرقس اصحاح ١٠ آيتي ٨ ـ ٩ .

وإليك بعض النقاط التي يلتقي فيها المذهب الارثوذكسي والبروتستانتي :

١ ـ الطلاق للزنا كما جاء في قضاء الأحوال الشخصية للمصريين ج ٢ بعد توحيد القضاء ط ١ ١٩٥٨ ص ٤٧٨ رقم ٦٢٦ لصالح حنفي وورد في المادة ١١٨ من الإرادة الرسولية .

وجاء في مجموعة ١٩٥٥ الخاصة بالأقباط الارثوذكس في المادة ٤٨ بأنه يجوز لكل من الزوجين أن يطلب الطلاق لعلة الزنا كما تأخذ بها معظم الطوائف المسيحية الأخرى وكذلك جاء أيضاً في القانون الفرنسي من المادة ٢٢٩ ـ ٢٣٠ ص ٢١ بند ٥٠ ولكن القانون الفرنسي انفرد عن هذين المادتين وأصبحت المادة لديه ٢٤٢ ـ تاريخ ١١ يوليه سنة ١٩٧٥ أن المادة لا تتكلم عن الزنا بشكل خاص وإنما تقضي بإمكان الطلاق .

والمهم إنا لسنا في صدد بيان القانون الفرنسي وإنما هدفنا بيان الشريعة المسيحية ولكن ورد في إنجيل متى الإصحاح ١٩ الآيات ٣ ـ ١٠ ـ ١١ الإصحاح ٥ الآيات ٣١ ـ ٣٢ على ما جاء عن لسان المسيح من إباحة طلاق الرجل لإمرأته بسبب زناها وإليك ما جاء في إنجيل متى الإصحاح العاشر ١١ ـ إذ يقول على لسان المسيح من طلق امرأته إلا لعلة الزنا يجعلها تزني وقد أخذت بهذا القصد مجموعة السريان الارثوذكس حين قضت في المادة ٦١ بأن زنا المرأة هو حجة طلاقها وليس كذلك زنا الرجل إلا أنه مناف لما ورد في إنجيل مرقس : من طلق امرأته وتزوج بأخرى يزني عليها وإن طلقت امرأة زوجها وتزوجت بآخر تزني وغرضه تحريم الزواج عام للمطلق وللمطلقة .

ويثبت الزنا بالبينة والقرائن راجع في ذلك الأحوال الشخصيه لغير المسلمين الكتاب الأول الزواج سنة ١٧٩٦ ص ١٨٦ لجميل الشرقاوي .

وقد جاء في المادة ٥٩ من مجموعة الأقباط الارثوذكس إذا حصل صلح بين الزوجين سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة في الطلب أو بعد تقديم هذا الطلب .

والمقصود من المادة أنه إذا حصل توافق بين الزوجين على الزنا فلا تُجيز الطلاق شريعة الارثوذكس .

٢ ـ الطلاق للخروج عن الديانة المسيحية :

جاء في مجموعة الأقباط ١٩٥٥ من المادة ٤٩ يكون الخروج عن الديانة المسيحية لازمه الخروج من عنوان الزوجية تلقائياً . وهو من نوع الانفساخ كما عليه الفقه الاسلامي بان الارتداد يوجب الانفساخ .

وهكذا لو خرج الزوج عن الدين ورد أيضاً في المادة ٥١ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس وورد في شريعة الارثوذكس من الأمور التي تختص بها دون غيرها كما ورد في المادة ٥٣ من مجموعة الأقباط ١٩٥٥ إذا اعتدى احد الزوجين على حياة الآخر أو اعتاد إيذاءه إيذاء جسمياً يعرض صحته للخطر جاز للزوج المجني عليه أن يطلب الطلاق .

وبهذا أيضاً جاء في القانون الفرنسي المادة ٢٤٢ من قانون ١١ يوليه ١٩٧٥ وقد اختلف شراح المادة إلى ما يراد من الإيذاء هل هو المادي أم المعنوي .

أو يكون موجباً للطلاق أيضاً إذا كانت النفورة واسعة بحيث يفترق كل من الزوجين عن الآخر في الفراش والمسكن والمأكل ولم يكن إصلاح محتمل بينهما فيمكن للزوج الطلاق .

ويرى أحمد سلامة في الوجيز ص ٣٧٨ أن الإيذاء من نوع العام والنفور خاص وأما المادة التي وردت في خصوص النفورة لمجموعة الأقباط الارثوذكس ٥٧ بانه يجوز أيضاً طلب الطلاق إذا اساء أحد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه إخلالاً جسيماً مما أدى إلى استحكام النفورة بينهما وانتهى الأمر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنين متوالية .

شروط الطلاق :

١ ـ كما جاء في المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ استحكام النفور بين الزوجين بحيث لا تجدي معهما محاولة الإصلاح .

٢ ـ أن يكون هذا النفور معزواً إلى اسائة من جانب المدعى عليه لمعاشرة طالب التطليق أو لإخلاله بواجباته إخلالاً جسيماً .

٣ ـ أن يؤدي هذا النفور إلى الفرقة الفعلية الكاملة بين الزوجين بمعنى ألا يشارك كل منهما الآخر فراشه ولا سكنه ولا مائدة طعامه وإلا فإن تباعدا في أحد أو اثنين منهما فإن الفرقة لا تكون محققة .

٤ ـ تستمر هذه الفرقة مدة تقطع في إستحكام النفور وإستحالة استمرار الحياة الزوجيه ويكون تحديد النفور بثلاث سنوات كما ذكرناه .

ولابد أن يكون النفور متصلاً فإذا تخللها فترات رضاء فإنها لا تبرر الطلاق إذ لا تكشف بوجه يقيني عن إستحالة استمرار الحياة الزوجية .

٥ ـ ألا يكون طالب التطليق هو المسؤول عن هذه الفرقة ، وهو شرط بديهي إذ لا يسوغ أن يفيد المخطىء من خطئه ودون أعمال هذا الشرط يصبح من الميسور لكل من يرغب في الطلاق من الزوجين أن يسيء إلى الآخر ليستند بعد ذلك إلى نفور هذا الأخير منه ومفارقته له .

وجاء في المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٥٥ إذا غاب أحد الزوجين خمس سنوات متتالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم بإثبات غيبته جاز للزوج الآخر أن يطلب الطلاق .

وإذا حبس الزوج وحكم عليه بالأعمال الشاقة أو السجن إلى مدة سبع سنوات فقد جاء في مجموعة ١٩٥٥ في المادة ٥١ ـ و٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ بأن الحكم على أحد الزوجين بعقوبة الأشغال الشاقة أو السجن أو الحبس

لمدة سبع سنوات فأكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق .

وهذا أيضاً من مختصات الارثوذكس .

٣ ـ النقطة الثالثة المرض وله أنحاء وأسباب كالعجز الجنسي والعقم أو الجنون .

فقد جاء في المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ وفي المادة ٥٢ من مجموعة الأقباط ١٩٥٥ بأن الجنون ينظر فيه إلى ما بين ثلاث سنوات وخمس سنوات .

وأما بالنظر إلى العجز الجنسي من مجموعة الارثوذكس ١٩٣٨ ـ ١٩٥٥ أنه خاص للرجل وقد خالفت فقهاء الطائفة حيث يرون العجز عاماً للرجل والمرأة .

وأما بالنسبة للجنون المطبق فجاء في المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٥٥ للارثوذكس أنه يستحيل استمرار الحياة الزوجية بين الزوجين .

وأما العجز الجنسي عند الارثوذكس يكون مفهوماً عاماً للعيوب الجنسية كالجب والخصاء الشامل للرجل والمرأة راجع بذلك المادة ٥٢ .

واعتبرت مجموعة ١٩٥٥ المرض المعدي يوجب التطليق أيضاً كما ورد في المادة ٥٤ .

ومما يوجب الطلاق الرهينة والخروج عن الديانة المسيحية كما جاء في المادة ٥٨ وجاء أيضاً في مجموعة ١٩٣٨ فقد اشترطت قوانين ابن لقلق والمجموعة الصفوي ضرورة ترهين الزوجين معاً ـ كما جاء عن ملحق ابن العسال ص ٢٣ ـ ٢٤ ابن العسال ص ٢١٣ ـ ٢١٤ .

وأما بالنسبة إلى خروجه من الدين المسيحي بأن غيّر أحد الزوجين ديانته المسيحية وانقطع الأمل في رجوعه إلى الدين المسيحي كان سبباً في الطلاق عند جميع الطوائف المسيحية التي تجيز الطلاق راجع بذلك أيضاً مجموعة ١٩٥٥ المادة ٤٩ أن الخروج عن الدين المسيحي يكون سبباً لإنحلال الزواج بقوة القانون لا مجرد منشأ سبب للحق في التطليق لمن بقي على دينه .

الطلاق
في الشريعة الاسلامية

الطلاق من الايقاعات الذي يوجد من طرف واحد المتسبب عن الإنشاء والعقود تكون مسببة عن الإنشاء إلا أنها متقومة بطرفين والإيقاعات من الأمور الإعتبارية وليست من الأمور الواقعية أو الخارجية المقولية .

أما بحسب اللغة فيراد بالطلاق هو إزالة العلاقة بين الشخصين وأحد مصاديقه هو إيجاد الفرقة بين الزوجين وورد في تاج العروس مادة (طلق) بمعنى الترك والإرسال .

وورد عن الجواهر بانه عبارة عن حل العقد .

وجاء عن الشهيد الثاني في مسالكه أنه عبارة عن تخلية المرأة .

ويمكن المناقشة مع صاحب الجواهر أن حل العقد لازمه أن يعتور بعض الأفراد المغايرة عن حقيقة الطلاق كموارد الرضاع والإرتداد والفسخ . فإن مثل ذلك يوجب إنحلال العقد مع أنها ليست بطلاق .

أما ما ذهب إليه الشهيد بمعنى تخلية المرأة فلا يعطي صفة واقعية عن

حقيقة الطلاق وإنما هي من اللوازم لقطع العلقة .

وعرف الحنفية الطلاق بانه رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحة كانت أو كناية[١] .

وعرفه الشافعية بأنه عبارة عن حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه[٢] .

وعرفه المالكية صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته[٣] .

وعرفه الحنابلة حل عقد النكاح أو بعضه[٤] والمراد بالبعض المطلقة الرجعية .

وبالجملة فذهب الشافعية إلى تعريف الطلاق بأنه حل عقد النكاح بلفظ الطلاق فإن كان المراد بالنكاح العقد كانت الإضافة بيانية والمعنى حل عقد النكاح أو رفع النكاح وإن كان المراد بالنكاح الوطء كانت الإضافة حقيقية .

وعرفه المالكية بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزويج بغيره .

وذهب الحنابلة والحنفية إلى تعريفه بإنه إزالة النكاح أو نقصان حله بلفظ مخصوص[٥] .

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ٢١ .
(٢) مغني المحتاج ج ٣ ص ٢٧٩ .
(٣) كشف القناع ج ٥ ص ٢٣٢ .
(٤) مواهب الجليل ج ٤ ص ١٨ .
(٥) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٢٧٨ ـ ٢٧٩ .

ويرى الحنفية والحنابلة أن ركن الطلاق هو الوصف القائم بالمطلق ويراد به التطليق والتطليق لا يوجد خارجاً إلا بعبارة كاشفة عنه فقالوا أن ركن الطلاق إذن هو الصيغة الدالة على ماهيته وذكر أن أركان الطلاق أربعة الزوج لقوله (ص) لانذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق فيما لا يملك رواه أحمد وأبو داود والترمذي وحسنه .

والزوجة فلا يقع الطلاق على الاجنبية الركن الثالث صيغة الطلاق الرابع القصد .

ولاتخلو هذه التعاريف من مناقشة من حيث الطرد والعكس وقد اوضحنا ذلك كله في كتابنا عناصر العلوم دراسات في التعريف والموضوع والغاية .

والمهم في البحث أن الطلاق في التشريع الإسلامي جاء على وفق الطبيعة البشرية كما أوضحنا ذلك في علم الإجتماع وبناء نظام العالم .

وملخص ما تحدثنا عنه أن وجود العلاقة الزوجية لابد أن يقوم على أساس المحبة والصفاء والمودة وراحة الضمير وعدم الشقاء فإذا تواجدت هذه الصفات كانت المرأة سكناً إلى زوجها كما أنه يكون سكناً لها ويحصل الاطمئنان والراحة فإذا انعكس الاتجاه وحصلت النفرة بين الزوجين فلابد أن يتجه الزوجان إلى مخلص من هذا الشقاء وإلا كانت الحياة في قلق وإضطراب عائلي مستمر ومن باب اللطف والعناية الرحمانية منه سبحانه قد فتح باب الطلاق حتى يكون كل فرد في مأمن من هذا العذاب كما قال سبحانه الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح بإحسان وقوله تعالى وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم وقوله تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وكل هذه الآيات تنادي ببينونة الزوجية حيث يريد الانسان الراحة والسعادة حتى لا يبقى كل من الزوجين في آهات وحسرات .

شروط الطلاق

١ ـ شروط الطلاق عند السنة

أما شروط الطلاق عند السنة فذهبوا إلى سلامة العقل عند الطلاق فلا يصح طلاق المجنون ولو كان جنونه متقطعاً يأتيه مرة ويزول عنه مرة أخرى فإذا طلق حال جنونه لا يعتبر طلاقه ولا يحتسب عليه بعد الافاقة .

وأما السكر فذهب الحنفية وقالوا حد السكر عند الإمام هو سرور يزيل العقل فلا يفرق صاحبه بين السماء والأرض ومعنى هذا أن السكران الذي يصل إلى حد يشبه به المجنون يقع طلاقه ولذا ذهب إلى عدم إقامة الحد عليه إلا إذا وصل إلى حالة لا يفرق بين السماء والأرض ولا بين الرجل والمرأة هو الحد الأعلى للسكران فإذا نقص عنه كان النقص شبهة تدرأ عنه الحد وقالت المالكية بمقالة الحنفية فالسكر الذي لا يفرق صاحبه بين السماء والأرض ولا يعرف الرجل من المرأة يكون كالمجنون فإنه لا يترتب عليه وقوع الطلاق إتفاقاً وما دون ذلك يكون صحيحاً وذهبت الحنابلة إلى صحة طلاق الصبى المميز ولو كان دون عشر سنين ويصح أن يوكل غيره كما يصح للغير أن يوكله في الطلاق[1] .

٢ ـ شروط الطلاق عند الامامية :

طلاق الصبي

أما غير المميز فلا إشكال في خروجه إنما البحث في المميز فيحتمل وجوه :

١ ـ إن إيقاع الصبي كالبالغ الرشيد مستقل في إيجاده للايقاع بدون حاجة إلى انضمام ايقاعه إلى إجازة من قبل الولي .

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ٢٨٤ ـ ٢٨١ .

٢ ـ أن يكون ايقاعه مقيداً بعدم البلوغ على نحو الجهة التقييدية فيكون من حيث الانفراد باطل ومن حيث الانضمام فإن أجازه الولي جاز .

٣ ـ إن بطلان ايقاعه لكونه وقع بنحو الجهة التعليلية إي لكون ايقاعه من الصبي فانضمام الإجازة من قبل الولي غير مؤثر في صحة الطلاق .

والذي سار عليه المشهور من علماء الإمامية في بطلان طلاقه لكونه ناشئاً من الصبي بنحو الجهة التعليلية وبهذا يمكن أن يسري الحكم في المعاملات وسائر الإيقاعات أيضاً ولا يختص الحكم في إطار الطلاق خاصة .

وذهب الفقيه الأصفهاني في مكاسبه إلى أن اطلاق الأدلة إن كان لبيان الحكم الفعلي بعدم نفوذ معاملاته وإيقاعاته فلا يصح حتى لو اضيفت إلى الولي وإن كان إطلاق الأدلة في مقام الحكم الاقتضائي والفعلي جاز أن تصح معاملاته وايقاعاته إذا اضيف إلى الولي حيث أن للحكم مرحلتين الفعلية والاقتضاء فمن حيث الفعلية يبطل مطلقاً ومن حيث الاقتضاء يصح من الولي .

وإجابة سماحة الوالد(١) أولاً أن ليس للحكم الفعلي من قبل المولى إلا الانشاء بداعي الباعثية وهذا ليس فيه اقتضاء وفعلية لأن وجوده عين فعليته وأما تنجزه وتحقق موضوعه خارجاً فهو في مرحلة الانطباق خارجاً لا في مقام هوية الحكم وفعليته وثانياً لو تم المبنى فيصح حتى في مرتبة الفعلية بطلان عقده وإيقاعاته من حيث تقييد الحكم الفعلي بالصبي ومن حيث إضافته وتقييده باجازة الولي يقع صحيحاً فاختلاف الفعلية والاقتضاء غير موجب لبطلانه من حيث أنه صبي أو صحيح لإضافته إلى الولي ما لم يرجع إلى ما ذكرناه .

---

(١) تحرير الإستدلال في الطلاق ص ٢٣ .

والذي نتصوره أن الفعلية لها مرحلة التنجز ومرحلة الأنشاء لأن الحكم بما هو فيه مرحلة الأنشاء من طرف الولي ولكن الفعلية والتنجز في مرحلة التطبيق فالانشاء غير الفعلية ولكن فعليته عين تنجزه فلا يكون هناك مرحلة فعلية ومرحلة اقتضاء وبهذا يكون جميع معاملاته وايقاعاته باطل لعنوان كونه صبياً وليس هنا اضافتان مرحلة انشائية ومرحلة اقتضائية حتى يكون من نوع الجهة التقييدية فيكون الحق بما ذهب إليه المشهور من كون الجهة تعليلية فعدم صحة طلاقه لكونه صبياً من غير نظر إلى انضمام اجازة الولي إلى صحة طلاقه حتى يكون بنحو جزء العلة للموضوع .

٤ ـ أن يكون الصبي في طلاقه لنفسه أو لغيره أو في سائر الإيقاعات والمعاملات مسلوب الانشاء فلا يصح له أن يجري صيغة الطلاق أصلاً .

وقد بينا أن عدم صحة طلاقه لكونه صبياً من غير نظر إلى انضمام أذن الولي في تصرفاته أو إيقاعاته ولكن لو دلت على جواز تصرفه كما ورد في رواية السكوني في قوله (ع) نهى ـ أي رسول الله (ص) ـ عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنه إن لم يجد سرق[1] .

وظاهرها أنه إذا أحسن التصرف والصناعة اليدوية جاز له التكسب وليس نظير الحيوانات حتى تكون عباراته ساقطة فالادلة إذا جاءت تخرج عنوان الصباوة إلى حقيقة الرشد والكمال بعد إجراء عملية الإختبار من الولي ويكون آن ثبوت الكمال آن سقوط الولاية ولذا يمكننا المناقشة مع الوالد بقوله فإذا اختبر رشدهم جاز عقدهم وإيقاعهم وإن توقف الدفع على أذن الولي ـ راجع الطلاق ص ٤٦ حيث أنه لا مجال لتوقف الدفع على اذن الولي بعد ثبوت الرشد والكمال لعدم موضوعية الاذن بعد الرشد والكمال .

(١) الوسائل باب ٣٣ ـ من أبواب ما يكتسب به حديث ١ .

وقد تكون الأدلة غير ناظرة إلى دخوله تحت الرشد والكمال في مرحلة البلوغ وإنما هو باق على صباوته ولكن لحسن تصرفه يكون بمنزلة البالغ الرشيد بنحو التخصيص دون الخروج الموضوعي .

وبالجملة أن أعمال الصبي هل هي خارجة عن عنوان القصدية أو أن القصدية لها تأثير فمثلاً عندما يقال عمد الصبي خطأ كما لو جاء بجناية أو كفارة فهل انه كان فاقداً لعنوان القصد أو أنه وقع منه عن قصد والتفات إلا أن الشارع جعل العمد بمنزلة الخطأ من حيث الآثار .

فبالنظر إلى المعاملات والايقاعات فانها محتاجة إلى القصد وأما بالنسبة إلى الجنايات فتقع في إطار العمد الخطأ بنحو التنزيل وليس كون عمد الصبي ناشئاً عن غير قصد وإن عمده ليس منزلاً بمنزلة عدم القصد .

والذي نلحظه في موثقة أبي بصير في الغلام الذي له من السن عشر سنين فاجاب (ع) إذا اصاب موضع الوصية جازت .

وفي صحيح زراره أيضاً إذا اتى الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق واوصى بمعروف وحق التصدق جائز للأخبار الدلالة فيها على التصدق والتصرف .

فالموثقة والصحيحة دالتان على جواز التصرف من قبل الصبي مع الدلالة على صحة قصده وتصرفه في الجهات الاقتصادية المعاملية ، فالموثقة ناظرة إلى جهة الاصابة في موضع الوصية والصحيحة ناظرة إلى مجرد التحديد في سن العاشرة .

وإن وقعت روايات بالمنع إلى أن يبلغ الحلم فيكون أن الحمل بين هذه الروايات المجوزة والمانعة على صحة المعاملة مع اذن الولي .

وعند مشاهدتنا للاخبار في طلاق الصبي فبعضها مانعة وبعضها مجوزة علينا بعرضها أمامك أما الأخبار المانعة :

١ ـ خبر إبي بصير لايجوز طلاق الصبي والسكران .

٢ ـ خبر إبي الصباح وهو من الصحاح عن الامام الصادق (ع) ليس طلاق الصبي بشيء .

٣ ـ خبر السكوني عن ابي عبد الله (ع) كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي او برسم او مجنون أو مكره .

٤ ـ ما ورد في قرب الاسناد عن جعفر بن محمد (ع) يرفعه إلى آبائه عن علي (ع) قال لا يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم .

وأما الاخبار المجوزة :

١ ـ مرسله ابن أبي عمير عن أبي عبد الله (ع) قال يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين .

٢ ـ موثق ابن أبي بكير عن ابي عبد الله (ع) يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وإن لم يحتلم .

٣ ـ مضمرة سماعة سألته عن طلاق الغلام وصدقته ولم يحتلم قال إذا طلق للسنة فيكون صورة الجمع بين هذه الروايات المجوزة والمانعه فذهب صاحب الحدائق إلى صورة الجمع بحمل المطلق على المقيد إذ الاخبار المانعة مطلقة والمجوزة في صورة العشرة مع العقل فيكون الحمل أن الطفل يصح له الطلاق في عشر سنوات من عمره إذا كان مميزاً ويكون معنى طلاق السنة كما اشارت إليه المضمرة وذهب المشهور إلى المنع مستدلاً على الاخبار المانعة لاقوائيتها في الظهور من الاخبار المجوزة مع عدم تمسك المشهور بمرسلة ابن أبي عمير وهكذا في موثقه ابن أبي بكير والمضمرة فتكون الخلاصة انه من الوجهة السندية قد أعرض عنها المشهور والاخبار المانعة اقوى ظهوراً واصح سندا فتكون حجة بلا معارض .

وأما من ذهب إلى الجواز فيرى أن هذه الاخبار المجوزة لم تسقط عن الحجيه ولم يثبت اعراض المشهور عنها وقد عمل جماعة من علماء الامامية على وفقها وبهذا تكون الاخبار المجوزة مخصصة للاخبار المانعة لأنها تكون بإزاء المخصصة عامة فتخصص العامة بها .

وتقع نظرية أخرى في المعارضة بين الأخبار وذلك بملاحظة الاخبار الخاصة كما في خبر ابي بصير والسكوني المجبر بعمل علماء الامامية المصطلح عليه بعمل المشهور مع مرسلة أبي عمير وموثقة ابن أبي بكير ومضمرة سماعة وعند المعارضة والتساقط الرجوع إلى أصالة عدم نفوذ طلاق الصبي .

ويرى سماحة الوالد انه بعد تعارض هذه الاخبار وتساقطها وإن كان المرجع إلى أصالة عدم نفوذ طلاق الصبي ولكن لو نظرنا إلى صحيح الصباح المتضمن في قوله (ع) ليس طلاق الصبي بشيء الواقع لنفي الماهية ويكون طلاقه ليس بشيء في عالم الصحة وليس بشيء في عالم الجواز المصطلح عليهما بالحكم الوضعي والتكليفي ويكون أظهر من تلك الروايات والذي نتأمله في الاخبار هو وجود المعارضه دون حمل العام على الخاص كما سار عليه الوالد .

طلاق المجنون

التكلم في عدم طلاق المجنون وهو من شروط صحة الطلاق أن لا يكون واقعاً في حال الجنون سواء كان مطبقاً أم ادواريا .

أما قيام الولي عنه بالطلاق ولاسيما في الجنون المطبق فلا حتمال عدم برئه وإن كان الملاك بين الصبي والمجنون واحداً في عدم الإدراك إلا أن الفارق في الصبي أن له أمداً يرتفع منه ذلك النقصان وفي المجنون عدم الاحتمال .

وذهب جماعة إلى عدم التفصيل في طلاق الولي عن المجنون بين كونه ادواريا أم مطبقاً .

وذهب العلامة في القواعد إلى التفصيل بين المطبق وغيره .

أما من حيث جواز طلاق الولي عنه فادعى فخر المحققين الاجماع . ولكن الشيخ في الخلاف ادعى عدم جواز طلاق الولي عن المجنون بالاجماع . ونحن نقع بين اجماعين متعارضين .

ولكن يبدو لدينا انه لا يصح الطلاق إلا من أخذ بالساق أما بالنسبة للمطبق فيمكن القول بانه لا يحتمل برئه وأما بالنسبة إلى المجنون الادواري فيحتمل ارتفاع المانع فينتظر به إلى زوال المانع .

وأما ما ذهب إليه فخر المحققين من الاجماع على طلاق الولي المطبق قال صاحب المسالك أن ما تمسك به فخر المحققين بالجواز فالأخبار ضعيفة الدلالة والأصل بقاء العقد .

إلا أن الذي نلاحظه أن الأخبار وإن كانت ضعيفة الدلالة إلا أن الاصحاب عملوا بها فتكون مجبرة بالشهرة ولا اثر لاجماع الشيخ ومن الغريب بعد حدوث الخلاف لا مورد للاجماع مع كونه مدركياً .

طلاق الاحمق

ذهب فقهاء الامامية إلى صحة طلاق الاحمق مستدلين على ذلك بما ورد عن صحيح القماط .

قال قلت لابي عبد الله (ع) الرجل الاحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه قال (ع) لم لا يطلق قلت لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غداً لم أطلق أو لا يحسن أن يطلق قال (ع) ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان[1] .

---

(١) الوسائل .

وجاء في الفقيه عن القماط قلت لأبي عبد الله (ع) رجل يعرف رأيه مرة ويفكر أخرى يجوز طلاق وليه عليه قال ولم لا يطلق قلت لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غدا لم أطلق أو لا يحسن أن يطلق قال ما أراه إلا بمنزلة الإمام .

إن ملاحظة هاتين الروايتين تارة يكون النظر الى الاحمق والمجنون والادواري كلها في عرض واحد إلا أنها متحدة في أصل ذهاب العقل ولكن الاختلاف يكون بنحو القوة والضعف وأخرى أنها حقائق متباينة .

إلا أن نظر بعض الروايات تارة إلى المعتوه والمقصود به ناقص العقل وبعضها ناظرة إلى الجنون الادواري فإذا كان من نوع الادواري لأنه قد يفيق تارة ولا يفيق أخرى كما ورد ذلك في بعض الروايات فالامام اجاز للولي الطلاق عوضا عن ذلك الفرد المتصف بتلك الحالة .

أما التعبير من قبل الإمام (ع) ما اراه إلا بمنزلة الامام كما جاء في رواية القماط فتكون الولاية في حدود المعتوه أو أن المعتوه له معنى مشكك تارة بمعنى نقصان العقل وأخرى في المرتبة القوية الجنون التام أو بعض مراتبه من اختلال الحواس فتكون اجازة الامام للولي سواء كان للاحمق أم لغيره بلحاظ العنوان المشكك .

ويمكن أن يقع الجمع بين رواية القماط الأولى والثانية بالحمل على نقصان العقل من غير جنون كما حبذه صاحب الجواهر .

أو أن التعبير من الامام الولي بمنزلة الامام بالنظر إلى الجنون الادواري فإن الامام يكون ولياً على شؤون الأمة ورعاية مصالحها فنزل الولي بمنزلة الامام وليس نظر الامام إلى ناحية الاحمق بعنوانه الخاص وسار الوالد في كتابه الطلاق إلى هذه النظرية واستشهد على مطلبه بما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال كل طلاق جائز الاطلاق المعتوه أو الصبي او مبرسم أو مجنون أو مكره .

والذي نتقبله في هذا الميدان أن عنوان المعتوه يحكي وجوداً مشككاً فالامام بالنظر إلى رواية القماط الأولى عرضت جانب النقصان العقلي فقط من غير ملاحظة انطوائه تحت الوجود القوي وأما رواية القماط الثانية فكانت ناظرة إلى المرتبة القوية ولذا كانت في إطار الادواري وأما ما استشهد به الوالد لا يثبت مطلوبه في انحصار النقصان العقلي في جانب الادواري بل الامام بين انطباق عنوان الاحمق على ثلاث مراحل النقصان العقلي والادواري والجنون التام ورواية السكوني في مقام الجنون الادواري وإن المعتوه ينطبق على ذلك الفرد .

طلاق السفيه

هل أن عنوان السفيه والمحجر عليه منحصر في إطار الشؤون المالية أو يتعدى به إلى الطلاق حيث أن الشؤون المالية تحتاج إلى إجازة من قبل الولي في التصرف ولكن بالنظر إلى غير الشؤون المالية لا توجب تحجيراً نظير ما لو اقدم على أصداق امرأة بأكثر من مثيلاتها واقرانها فإن دور الولي يوقفه عن التصرف إلى حد المماثلة أما جهة الطلاق فالظاهر عدم وجود المانع .

أما ما ورد في رواية ابن سنان في قوله (ع) إذا بلغ ونبت عليه الشعر جاز أمره إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً .

فقد فككت الرواية بين الرشد المالي وغيره فقد اسرى الامام السفه حتى بالنسبة إلى عدم معرفته بالقضايا الاجتماعية كالاسرة ونحوها وقد يكون نظر الإمام إلى جهة السفه بلحاظ مراتبه فعندئذ تكون المرتبة العالية منه في صفات المرحلة الجنونية وهذا أيضاً يقع في ميزان عدم صحة طلاقه أيضاً .

طلاق الوصي

إن مسألة طلاق الوصي أو زواجه للصبي والمجنون مبنية على شمول

الولاية له وقد ذكر في زواجه لهما قال في الشرائع للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل إذا كان به ضرورة إلى النكاح .

وفي الجواهر نفى بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك بل عن ظاهر الكفاية الإجماع عليه .

إلا أنه جاء في المسالك عدم الخلاف في هذه الصورة ويقصد به إذا بلغ فاسد العقل وقال المسالك في رد الكفاية والقطيفي في ادعائه الاجماع بان غيرهما اطلق الخلاف في تصرف الوصي فيه .

والميزان في ذلك كله هو ثبوت الولاية عليهما وقد استدل على ثبوت الولاية لصحيح أبي بصير ومحمد بن مسلم عن أبي جعفر (ع) قال سألته عن الذي بيده عقدة النكاح قال هو الاب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه[1] .

قال في الجواهر أن الاشتمال على ذكر الاخ لا يسقط النص عن الحجية في غيره .

وقال في المستمسك ولكن ذكر الأخ في تلك النصوص مما يستوجب القصور في الدلالة لاحتمال ارادة الوكيل من الاخ والموصى إليه لا مطلقاً فيختص بالكبير[2] .

وقال سماحة الوالد وأما الوصي فلا يصح أن يزوج الصبي أو المجنون فضلاً عن الطلاق[3] .

---

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب عقد النكاح حديث ٥ .
(٢) المستمسك ج ١٤ ص ٤٧ .
(٣) الطلاق ص ٦٥ .

والذي يبدو لدينا أنه لا ولاية له على الصغير والمجنون إذ الروايات المصرحة بذكر الأخ فادحة في الاستدلال .

وأما الآية التي استدل بها الكركي في قوله سبحانه : ﴿ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير﴾ (البقرة ٢٢٠) . في تزويج الصغير وإذا كان هناك مصلحة مرعية على تزويجه ولكن الآية عامة للوصي وغيره من الاقارب بلحاظ الحاجة وليس لخصوص الوصي وإنما يكون أحد الأفراد الذي يتوجه إليه التكليف بنحو الواجب الكفائي .

وبما ذكرنا اتضح لديك عدم الولاية في التزويج فيكون في الطلاق بطريق أولى فلا ولاية له على الطلاق سواء كان للصغير أم للمجنون .

الولاية في الطلاق

ذكرنا الولاية في النكاح على صور منها الولاية التكوينية التي هي منوطة في الواجب سبحانه ومنها الولاية بمعنى الوساطة في التكوين والتشريع ويقع للأئمة (ع) إذا كانوا بنحو تتميم قابلية القابل لا تتميم فاعلية الفاعل .

ومنها ولاية الفقيه على صور أيضاً :

١ ـ الولاية العامة : فيقوم الفقيه مقام الامام بجميع ما يقوم به الامام (ع) سوى الجهات المختصة به من التشريع وعلم الغيبيات وهو مذهب النراقي .

واستدلوا برواية البحتري عن أبي عبد الله (ع) قال (ع) أن العلماء ورثة الانبياء وذلك أن الانبياء لم يورثوا درهماً ولا ديناراً وإنما ورثوا الأحاديث فمن أخذ بشيء منها فقد أخذ حظاً وافراً فانظروا علمكم هذا عمن تأخذونه فإن فينا أهل البيت في كل خلف عدولا ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين وتأويل الجاهلين .

وجاء عن السكوني عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا قيل يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا قال اتباع السلطان فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم .

وورد أن العلماء حكام على الملوك والملوك حكام على الناس .

وروي في كنز الكراجكي عن أبي عبد الله (ع) أنه قال الملوك حكام على الناس والعلماء حكام على الملوك .

ويكون وجه الدلالة في هذه الروايات أنه يثبت كل ما للمورث للوارث من جميع المناصب الشرعية الإجتماعية والاقتصادية والسياسية وهكذا بالنظر إلى ما يقوم به الحاكم على الرعية .

وقد بينا أن السند في بعضها ضعيف هذا مع أنه يمكن المناقشة في جعل الولاية لكافة الأنبياء لو قدر سلامة بعض الروايات وإنما الولاية ثابتة لنوح وإبراهيم وموسى وعيسى ونبينا محمد (ص) أن كلمة العلماء مع أنها منصرفة إلى أهل البيت (ع) وليس إلى الفقهاء كما يستشهد في قولهم (ع) نحن العلماء وشيعتنا المتعلمون كما ذكره في أصول الكافي .

٢ ـ الولاية الخاصة القريبة من الولاية العامة وهي المتضمنة إلى قيام الفقيه مقام الإمام بما يبتلى به المجتمع البشري إليه لحل مشاكله .

واستدلوا بمقبولة بن حنظلة المتضمنة لبعض فقراتها في قوله (ع) انظروا إلى رجل عرف حلالنا وحرامنا ونظر في احكامنا فليرضوا به حكماً فإنني قد جعلته قاضياً فمن رد عليه فقد رد علينا ومن رد علينا رد على الله وهو على حد الشرك بالله .

وظاهر المقبولة ليس جعل الوظيفة القضائية لرجال الشيعة بدلاً عن قضاة السنة لا ملازمة بين جعل المنصب الشيعي مقارناً لجعل المنصب السني

كما اختاره سماحة الوالد فانه يمكن أن يكون الجعل بتلك المرتبة التي تشمل الشؤون الإجتماعية وأن يكون المنصب في خصوص حل المنازعة من غير نظر إلى الأطراف الأخرى التي لا تمت إلى جهة القضاء .

والذي يبدو لدينا أن المقبولة لا تدل على التوسعة وإنما هي خاصة في حل المنازعة من غير شمولها للشؤون الأخرى .

إلا أن التوقيع الشريف يمكن الاستفادة منه للتوسعة لمقام الفقيه في قوله (ع) وإنما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم دون النظر إلى كون اللام للعهد إلى جهة خاصة .

وظاهرها أن الحوادث لا يراد بهاالقضايا الشخصية وإنما الإمام في صدد بيان الشؤون الاجتماعية والسياسية والاقتصادية كما يدل عليه سياق الحديث وليس في صدد الاحكام الكلية وإنما الحوادث هي الوقائع التي يحتاجها المجتمع في حل مشاكله ويلتجىء إلى القيادة الصالحة .

٣ ـ الولاية بالمعنى الأخص وهي المنحصرة في القضاء والفتوى كما سار عليه الفقيه النائيني والمحقق الأصفهاني واستاذنا المعظم الخوئي .

وناقشوا المقبولة بضعف السند وعدم ثبوت الجبر من قبل الاصحاب ولو قدر لها الوثاقة السندية فإن دلالتها في مقام جعل الفقيه قاضياً ولا يكون من جعل القضاء ثبوت لوازمه في تلك العصور وليس جعل قضاة الشيعة بإزاء قضاة العامة أن يكون قضاة الشيعة لهم المنصب بكل ما يحتاجه المجتمع البشري .

وقد ناقشوا في التوقيع من حيث الدلالة بأن الحوادث معطوفة على شيء لم يذكر في الرواية فيحتمل أن يكون الرجوع إلى الفقهاء في الفتوى كما دل في تعبير الإمام فارجعوا إلى رواة حديثنا وتحتمل كلمة الحجة الرجوع إلى الفتوى والقضاء وما يبتلى به عموم الناس فتحتمل أيضاً الرجوع إلى مقام التبليغ

ولكن الحجة من قبلهم (ع) هي بعينها ثابتة للعلماء ويكون بهذا انها منحصرة في دائرة تبليغ الأحكام التي تقع في إطار القضاء والفتوى ولا يجوز له الحكم في الاهلة وعدم ولايته على أموال الغائبين .

إلا أن الذي ثبت لدينا ليس هو المذهب الأخير وليس المذهب الأول من الولاية العامة وإنما نقول بان الولاية خاصة ولكن فيها توسعة بما يحتاج إليه المجتمع البشري من حل مشاكله عندما يبتلى به ويرجع إلى الفقيه لجعلها في معايير شرعية .

أما البحث عن ولاية الأب والجد فقد ذكرناها في الفصل الأول من النكاح وإنما المهم التحدث لما يخص موضوعنا من صحة الولاية في الطلاق وعدمها .

والذي نراه في صحيح الفضل عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير فقال (ع) لابأس قلت يجوز طلاق الاب قال (ع) لا .

فالولاية من قبل الاب والجد على الصغير والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ للاصل وقيل للاجماع كما ادعاه الجواهر ولكن صحيح الفضل يبدو أنه في مقام التفرقة بين الولاية في مقام الزواج وعدمها في الطلاق كما هو الظاهر مع أن المفهوم من عنوان الطلاق من أخذ بالساق لا ينطبق على الولي في دور الصباوة وإن كان الولي هو العلة في إثبات العلقة .

طلاق المكره

أولاً : رأي السنة

أما رأي الحنفية في طلاق المكره فقالوا طلاق المكره يقع خلافاً للائمة الثلاثة فلو اكره شخص آخر على تطليق زوجته بالضرب أوالسجن أخذ المال

(١) الوسائل باب ٣٨ من ابواب المهور حديث ٢ .

ووقع طلاقه ثم إن كانت الزوجة مدخولاً بها فلا شيء للزوج وإلا فإنه يرجع على من اكرهه بنصف المهر ويشترط أن يكون الاكراه على التلفظ بالطلاق فإذا اكرهه على كتابة الطلاق فكتبه فانه لا يقع به الطلاق وكذا إذ اكرهه على الإقرار بالطلاق فاقد فانه لا يقع . ولو طلق هازلاً جرى في حقه وعومل به .

وذهبت المالكية إلى عدم صحة الطلاق في دور الإكراه وقسموا الإكراه على قسمين إكراه على إيقاع الطلاق بالقول وإكراه على فعل يلزمه الطلاق ثم الفعل أما أن يكون متعلقاً بحق الغير أو لا يكون فأما الإكراه على إيقاع الطلاق فلا يلزمه به شيء لا قضاء ولا ديانة باتفاق حتى ولو اكره أن يطلق طلقة واحدة فاوقع اكثر فانه لا يلزمه شيء لأن المكره لا يملك نفسه كالمجنون بشرط أن لا ينوي حلّ عقدة النكاح باطناً فإن نوى وقع عليه الطلاق لأن النية لا يمكن الإكراه عليها .

وقالت الشافعية بعدم صحة طلاق المكره ولا يقع إلا بشروط ١ ـ أن يهدده بالإيذاء شخص قادر على تنفيذ ما هدده به عاجلاً ٢ ـ أن يعجز المكره عن دفعه بهرب أو استغاثة بمن يقدر على دفع الإيذاء عنه ٣ ـ أن يظن المكره أنه إن امتنع عن الطلاق يلحقه الإيذاء الذي هدد به ٤ ـ أن لا يكون الإكراه بحق ٥ ـ أن لا يظهر من المكره نوع اختيار وذلك كما إذا اكره على أن يطلقها ثلاثاً أو طلاقاً بائناً فطلق واحدة أو اثنتين أو رجعية فإن الطلاق يقع لأن القرينة دلت على أنه مختار في الجملة فالشرط أن يفعل ما اكره عليه خلافاً للمالكية . ٦ ـ أن لا ينوي الطلاق فإن نواه في قلبه وقع أما التورية فإنها غير لازمة ولو كان يعرف التورية .

وذهبت الحنابلة إلى عدم صحة الطلاق في دور الاكراه بشرط أن لا يكون بحق وإن يكون بما يؤلم وإن يكون قادراً وأن يغلب على ظن المكره انه ان لم يطلق يقع به الايذاء الذي هدد به وأن يكون عاجزاً عن دفعه وعن

الهرب منه[1] .

ثانياً : رأي الإمامية :

يستدعي أن نجري الكلام عن دور حديث الرفع وانطباقه على الطلاق كما ورد في التوحيد عن حريز عن أبي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) رفع عن أمتي تسعة ١ ـ الخطأ ٢ ـ النسيان ٣ ـ وما اكرهوا عليه ٤ ـ وما لا يطيقون ٥ ـ وما لا يعلمون ٦ ـ وما اضطروا إليه ٧ ـ والحسد ٨ ـ والطيرة ٩ ـ والتفكر في الوسوسه في الخلق ما لم ينطق بشفه .

أما ملاحظة السند فهو ضعيف لعدم معرفة بعض رواته إلا أن الأصحاب أخذوه بعين الاعتبار مضافا للعامة .

أما من حيث الدلالة فالرفع تارة يكون بمعنى الدفع كما اختاره النائيني أن الرفع يكون مانعاً عن استمرار الوجود والدفع يكون مانعاً عن تأثير المقتضي ثم قال وهذا المقدار لا يمنع عن صحة استعمال الرفع بدل الدفع على وجه الحقيقة .

أو أن جهة الفرق بينهما أن الدفع عبارة عن تأثير المقتضي لوجود المقتضي والرفع إنما يوجد في فرض تأثير الشيء في الزمان السابق عن ورود الرافع وإن حصل وجود الرافع قبل وجود الموضوع كان من نوع المجاز .

والذي اعتقده أن الرفع والدفع مختلفان بحسب الحقيقة لأن الرفع تسلط بعد الوجود والدفع يأتي قبل الوجود .

أما المقدر في الحديث هل هو المؤاخذة أو عموم الاثار أو ظهور الاثار ، إلى كل فقرة من فقرات الحديث قال النائيني أنه رفع تشريعي والرفع التشريعي لا يحتاج إلى التقدير كالنفي التشريعي إنشاء لحكم لا اخبار عن

(١) راجع الفقه على المذاهب الأربعة ج ٤ ص ٣٨٤ ـ ٣٨٨ .

حكم حتى يحتاج إلى التقدير لأن التقدير يوجد في إطار الأخبار دون الانشاء .

وقال العراقي أن نسبة الرفع إلى ما لا يطيقون والخطأ والنسيان نسبة مجازية لا حقيقية ويقصد به رفع اثرها وهي الاحتياط .

إلا أن الذي يبدو في الفقرات أن مثل ما لا يطيقون وما اضطروا إليه وما اكرهوا عليه ان كان الرفع بنحو العروض على موضوع لا بشرط فيكون الموضوع مرتفعاً بالحديث أما إذا كان الموضوع مقيداً بعنوان الإضطرار أو الاكراه نظير تشريع الجهاد في مورد الضرر وبذل المال الكثير للوضوء والغسل فلا يرتفع الموضوع بالحديث لأنه أصبح مقيداً بالرفع كما هو نظرية سماحة والدنا في تحرير الاستدلال[1] .

وأما بالنسبة للخطأ والنسيان فليس المدار في الرفع فيها إلا بلحاظ انطباقهما وهو الشيء المنسي أو الذي أخطأ به .

والطلاق عندما يأتي به المطلق لابد أن يقع منه عن قصد في الايقاع أما المكره عندما يوقع الطلاق فهو قاصد له وإن ذهب الشهيد الثاني إلى عدم وجود القصد من المكره .

إلا أن التحقيق أن طلاق المكره يوجد عن قصد إلا أنه فاقد لطيب النفس كما ورد في حسنة زرارة عن أبي جعفر (ع) قال سألته عن طلاق المكره وعتقه فقال (ع) ليس طلاقه بطلاق[2] .

وجاء في مرسلة ابن سنان المقبول عن أبي عبد الله (ع) قال سمعته يقول لو أن رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلطان فقهروه حتى يتخوف على

---

(١) تحرير الإستدلال في الطلاق ص ٩٩ .

(٢) الوسائل .

نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء[1] .

وظاهر الروايتين عدم صحة الطلاق إذا كان صادراً عن إكراه .

وذكر الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب أن الإكراه من مصاديق الاضطرار لأنه يكون في المرتبة الأخيرة إضطراراً .

والظاهر أن بينهما اختلافاً مفهومياً وليسا من باب الوجود الواحد المشكك بالتقدم والتأخر حيث أن الإكراه فاقد لطيب النفس بخلاف الاضطرار فانه عندما يقدم على بيع داره لمرضه يقدم عن رضاء منه ولكنه مضطراً لناحية المرض أو قوة العائلة .

أما تصوير الرضاء المتاخر في الطلاق فقد منعه الفقهاء لكون الطلاق بمعنى انشائي حدوثي غير صالح للاستمرار بخلاف المعاملات فإنها صالحة للاستمرار ولذا يمكن أن يتأتى الرضاء متأخراً بعد ذلك على نحو الشرط المتأخر وأن كان مقارناً تصوراً .

أما لو كان الإكراه من قبل الحاكم الشرعي على الطلاق وليس من قبل الظالم فيكون خارجاً عن دائرة الإكراه خروجاً موضوعياً لا بنحو التخصيص وإنما هو بنحو التخصص وكذا الحكم لو كان الإكراه في المعاملات وإكرهه الحاكم الشرعي ببيع داره للغرماء فإن البيع يقع نافذاً .

أما تصوير الإكراه في الطلاق بنحو الكلي في المعين فالذي نلاحظه خلاف ذلك لأن التعيين الذي يحققه المطلق بعد ايقاع الطلاق لا أثر له وإنما طلاق المكره عند تحققه لابد من تعينه فإذا عينه بعد ذلك يكون عن اختيار في التطبيق وإن كان الاشكال في صدق الطلاق بنحو الامر الكلي لأن الطلاق في واقعه لا يوجد بين الطرفين خارجاً كما هو الظاهر من الأدلة .

---

(١) الوسائل .

وكذا لا يصح الطلاق بالفرد المردد على نحو البدل أو المنتشر أو المردد مصداقاً أو مفهوماً .

إلا أنه يبدو من الفقه السني صحة الطلاق بنحو الجزء المشاع أو بنحو الكلي في المعين أو الفرد المنتشر وأما إذا وقع الإكراه بنحو الداعي أو المقارن للشيء لا بنحو جزء العلة فليس موجباً بطلان الطلاق .

التخلص من الإكراه :

من الطرق التي يستعان بها في الخروج عن دائرة الإكراه إذ امكنه التورية كما يحدثنا القرآن الكريم في حياة عمار بن ياسر عندما قتل المشركون ابويه واظهر عمار الكفر قال رسول الله (ص) أن عادوا عليك فعد ونزلت الآية الكريمه ﴿من كفر بالله من بعد ايمانه إلا من اكره وقلبه مطمئن بالإيمان﴾ (النمل ١٠٦) .

وقد صورها البعض بانها من مصاديق الكذب أو الاغراء في الجهل .

إلا أن الذي نلاحظه أنها خارجة عن دائرة الكذب لان الكذب هو الاخبار عن خلاف الواقع وليس الكذب هو في نظر السامع مع أن الأغراء في الجهل غير موجب للبطلان بنحو القضية العامة مع أنها خارجة عن عنوان الإغراء إنما الأغراء وقع في ناحية المستمع دون المتكلم .

ويمكن المناقشة مع سماحة الوالد حيث إن التورية من اللوازم البعيدة التي لا يقرها العرف وهو أول الكلام لأن التورية مما يقره العرف ويراها من مصاديق التخلص .

صيغة الطلاق :

يستدعي قبل البحث عن صيغة الطلاق نقدم مقدمة أشار إليها المناطقة وهي أن الدلالة الوضعية على ثلاثة إتجاهات .

١ ـ المطابقة بان يكون اللفظ على تمام ما وضع له .
٢ ـ التضمن بان يكون اللفظ دالاً على جزء الموضوع له .
٣ ـ الالتزام بان تكون الدلالة على أمر خارج عن الموضوع له .

فالدلالة المطابقية والدلالة الالتزامية في خط واحد من حيث توجههما إلى الارادة الاستعمالية وإنهما مقيدتان بها .

فالدلالة الوضعية أن يكون النظر فيها إلى كون اللفظ وجوداً تنزيلياً للمعنى بخلاف الدلالة العقلية اللفظية .

وأما بالنسبة للمعاني المجازية فتكون الدلالة فيها من نوع التركيب الشامل للفظ والقرينة ولا يخلو وقوع القرينة أما أن تقع واسطة في العروض أو واسطة في الثبوت فإن كانت القرينة من نوع الواسطة في العروض فيكون الدال غير متحقق إلا بوجود القرينة .

وعلى الجملة أن المقصود من الواسطة في العروض أن لا يكون بين العارض والمعروض وجود ثالث يحل بينهما ووجود القرينة صارفٌ بين اللفظ والمعنى الموضوع له بناء على الواسطة في العروض والمقصود من الواسطة في الإثبات هو ذلك الحد المتكرر بين الأكبر والأصغر لإثبات الحكم بين الحدين .

وإن كان يرى الوالد في محاضرته أن القرينة لم تقع بنحو الواسطة في العروض وإنما هي واسطة لثبوت الدلالة في اللفظ على المعنى ثانياً وبالعرض .

وإن كان الذي نعتقد أن القرينة هي الاداة الأولى في ثبوت اللفظ للمعنى المجازي وبهذا تكون المعاني المجازية من نوع الواسطة في العروض دون الثبوت فالقرينة مما توجب تغييراً في الدلالة وتقع بنحو الجزئية في الدال .

وأما الكناية فيراد بها استعمال الملزوم لأجل الانتقال إلى اللازم وبعد عرضنا لحالات اللفظ فالطلاق هل يشترط فيه الإرادة الجدية كالكناية أو يكفي فيه مجرد إرادة المعنى ولو بالدلالة الالتزامية .

فعلى هذا إذا وردت ألفاظ عامه للطلاق كلفظ برية وخلية أو بتة بمعنى مقطوعة النكاح أو بتلاء .

١ ـ ذهب الشهيد الثاني إلى الإكتفاء بمجرد إرادة المعنى من الطلاق ولو بالدلالة الالتزامية فعلى هذا يمكنه التمسك بتلك الألفاظ العامة وبهذا سار عليه مذهب العامة في التوسعة .

٢ ـ أما المشهور فذهب إلى أن اللفظ دال على معناه بخصوصه وبالنظر إلى الدلالة يكون بالعرض والمجاز .

٣ ـ أن تكون الالفاظ الصريحة في الطلاق موضوعة بنحو المطابقة وفي غيرها بالالتزام .

٤ ـ أن يكون الطلاق موضوعاً بلفظ أنتِ طالق ولا يصح استعماله بغير ذلك اللفظ فإذا قال انت برية أو خلية او بتة او بتلاء لا يصح الطلاق فيها وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضوع وعلينا أن نقدم بعض الروايات :

فقد ورد عن صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن رجل قال لأمرأته أنت مني خلية أو برية أو بائن أو حرام فقال ليس بشيء .

وجاء في صحيح ابن مسلم فانه قال هذا كله ليس إنما الطلاق أن يقول لها قبل العدة بعدما تطهر من حيضها قبل أن يجامعها أنت طالق او اعتدي يريد بذلك الطلاق ويشهد على ذلك رجلين . وفي جامع البزنطي الرواية من دون أو اعتدي .

وفي صحيح الحلبي أو حسنته عن أبي عبد الله (ع) الطلاق أن يقول لها اعتدي أو يقول لها أنتِ طالق .

وفي الكافي عن حسين بن سماعة ليس الطلاق إلا كما رواه بكير بن اعين أن يقول لها وهي طاهر من غير جماع أنت طالق ويشهد شاهدين عدلين وكل ما سوى ذلك فهو ملغي .

والظاهر من العرض الروائي في هذه الروايات أنها في مقام المنع عن اتيان الفاظ أخرى غير لفظ انت طالق ولاسيما في رواية محمد بن مسلم الدالة على الحصر بمقتضى قوله (ع) انما الطلاق أن يقول أنت طالق أو اعتدي إذا اراد به الطلاق وفي رواية ابن بكير خصصت الطلاق بهذا اللفظ الخاص .

فيكون المعنى الموضوع له وهو طالق وأما مثل بائن أو بتة أو بتلاء أو خلية الفاظ مجازية قد منع الشارع من استعمالها .

وأما بالنظر إلى قوله (ع) واعتدي مع أنه يمكن المناقشة في ناحية ظهور ألفاظ البت والخلية والبائن أصرح دلالة من الاعتداد مع أن الشارع قد منع من استعمال هذه الألفاظ وجوز اتيان الأعتداد . فقد ذهب الفقيه السيد الاصفهاني في وسيلته إلى التعبد الشرعي .

إلا أن المشهور ذهب إلى التحديد بهذا اللفظ الخاص وهو كلمة أنتِ طالق كما دلت عليه رواية ابن بكير .

الطلاق بغير العربية

وعند عرض الروايات المانعة يمكنك أن تعرف عدم جواز استعمال الطلاق بغير اللغة العربية أما اذا لم يمكنه ذلك لعدم قدرته على التعلم فيدخل في دائرة الادلة الثانوية كأدلة العسر والحرج وأدلة الضرر فتأتي بعد رفع الادلة الاولية فتحل محلها .

طلاق المعاطاتي

تعرضنا في حديثنا إلى مسألة وقوع الطلاق بالإنشاء القولي فهل يصح وقوع الطلاق بالإنشاء الفعلي أي المعاطاتي أم لا .

وهذا يستدعي فتح الباب من الوجهة العامة في صحة وقوع الايقاعات بالافعال فذكر في محله كما في الوصية والوقف أنه يجوز أن تقع هذه الأمور من زاوية الفعل وإن لم يكن إنشاءً قولياً كما يجوز أن تقع بالالفاظ أيضاً .

أما بالنظر إلى المعاملات فقد تحقق في محله صحة المعاطاة فيها وأما بالنسبة إلى النكاح فالقاعدة جارية فيه إلا أنه قام الاجماع على عدم صحة النكاح في المعاطاة .

وأما الطلاق بمقتضى صحيح الحلبي حصر الطلاق في لفظ أنت طالق ومع منعه (ع) بالالفاظ الأخرى وهذا مقتضاه الحصر بهذا اللفظ الخاص .

ويمكن أن يدعى أن الحصر جاء في لفظ خاص دون الافعال الخارجيه .

ولكن الجواب أن الوضع لما كان في إطار ذلك اللفظ الخاص من قوله أنت طالق فيكون التحديد باللفظ الخاص وان الاستعمال في غيره غير مقبول وإنما بوجود كونه موضوعاً لذلك اللفظ الخاص فلا يتحقق بالأفعال .

ولا يستفاد من الروايات أنها في مقام حصرين حصرها بالفاظ دون الافعال وحصرها بصيغ أو صيغة مخصوصة وإنما المقام مقام حصر واحد وانما الوضع في بيان انقطاع العلقة بقوله أنت طالق ويكون الاستعمال في الفعل من نوع الاستعمال في غير ما وضع له والتشريع الاسلامي منع ايقاع الطلاق بالمجازات والكنايات والاستعارة والتشبيهات كلها لعدم كون الالفاظ فيها موجدة لمعانيها .

الطلاق في الاستعارة والكناية

بما ذكرنا اتضح لديك عدم صحة الطلاق في الاستعارة وقد بينا وجه المنع في الاستعارة لعدم الإرادة الجدية لدى المتكلم وإنما له إرادة استعمالية فقط .

وأما الكناية فالحكم كذلك وذكر في الجواهر والحدائق أنها يقصد بها تارة إنشاء مدلولها باللفظ وأخرى يراد بها المعنى خاصة من غير ملاحظة معرفة المعنى ولما كانت في خطين من حيث قصدها وعدم قصدها فلا يصح ايقاع الطلاق بها وإنما لها إرادة استعمالية دون الإرادة الجدية وإذا قصد بها الإرادة الجدية فذلك أما لأجل ارادة اللازم أو إرادة الملزوم وإن كان الشهيد الثاني في مسالكه جوز الطلاق بالكناية والمجاز البعيد إلا أن الوجه كما أشرنا إليه بالمنع وقد اكتفى الشيخ الطوسي بقوله أنتِ مطلقة أو طلقت فلانة .

وربما يورد عليه بان لفظ مطلقة أو طلقت فلانة ليس صريحاً في فك العلقة بين الزوجين ولكنه منع الطلاق بقوله أنت مطلقة كما في كتابه الخلاف .

والذي يبدو لدينا أن الشريعة الاسلامية في المذهب الشيعي قد حددت الطلاق بذلك اللفظ الخاص وأنه موضوع بنحو الحقيقة فإذا استعمل بألفاظ أخرى ولو كانت عن نفس المادة لم يكن استعمالاً في ما وضع له .

ذهب الاحناف إلى أن كنايات الطلاق يقع بها الطلاق بالنية وأنه يقع بها أيضاً الطلاق بدلالة الحال .

وذهب مالك والشافعي إلى صحة الطلاق منوطة بالقصد والنية لحديث عائشة كما ورد عن البخاري وغيره .

ان ابنة الجون لما ادخلت على رسول الله (ص) ودنا منها قالت اعوذ

بالله منك فقال لها عذت بعظيم الحقي بأهلك .

وفي الصحيحين وغيرهما في حديث تخلف كعب بن مالك لما قيل له رسول الله (ص) يأمرك أن تعتزل امرأتك فقال اطلقها أم ماذا أفعل قال بل اعتزلها فلا تقربنها فقال لأمرأته ومضمون الحديث هو الإكتفاء باللفظ الكنائي عن قصد ولا تكون طلاقاً مع عدمه .

الطلاق في دور الإنشاء دون الحكاية

ربما يناقش الطلاق بلفظ طلقت فلانه بنحو الاخبار والطلاق بحسب هويته موضوع للانشاء دون الإخبار .

ولذا أن الشيخ الطوسي في كتابه الخلاف قال بانه لو قال طلقت فلانة لا يقع بها الطلاق لأنه من الإخبار لا الانشاء .

وليعلم لديك أن الانشاء تارة يأتي في قالب إنشائي كالأوامر والطلب وأخرى يؤتى بداعي الأنشاء وإن كان القالب له هو الاخبار كما ورد عن الامام لمن أفطر في شهر رمضان أو افسد صلاته قال يعيد أو يغتسل كما في حكم الجنابة وهذه الاحكام وإن جاءت بقالب الاخبار إلا أنها بداعي الانشاء .

وبهذا يمكن الرد على الشيخ الطوسي بما لو قال طلقت فلانة وكان إخباراً إلا أن الداعي له هو الإنشاء على إيجاد حل العلقة بين الطرفين وإن كنا اجبنا غير ما اختار الوالد في هذا الميدان من كون التعبير بانت مطلقة أو طلقت فلانة وأنت طالق كلها في مؤدى واحد بَحسب العرف وقد بينا أن التحديد في كلمة أنتِ طالق يوجب الاستعمال فيما وضع له وأن غير هذا اللفظ يكون من نوع الاستعمال في غير ما وضع له اللفظ .

الطلاق في الكتابة

لا يصح الطلاق في مقام الكتابة كما جاء في حسنة محمد بن مسلم عن الباقر (ع) إنما الطلاق أن يقول أنت طالق .

وحسنة زرارة عنه (ع) في رجل كتب بطلاق امرأته قال (ع) ليس ذلك بطلاق .

وذهب الشيخ إلى صحة الطلاق في خصوص الغائب دون الحاضر كما ورد في صحيحة أبي حمزة الثمالي عن الصادق (ع) في الغايب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده وهو يريد به الطلاق . وحمل بين الحسنة والصحيحة على صورة الاضطرار .

وعند الفقه السني جوز ايقاع الطلاق بالكتابة[1] ، والكتابة يقع بها الطلاق ولو كان الكاتب قادراً على النطق فكما أن للزوج أن يطلق زوجته باللفظ وله أن يكتب إليها الطلاق واشترط الفقهاء أن تكون الكتابة مستبينة مرسومة .

وجوزوا أيضاً في صدق الطلاق إرسال الرسول فيكون الرسول قائماً مقام المطلق ويمضي طلاقه عندهم لمجرد التبليغ للزوجة الغائبة .

الطلاق بلفظ نعم

لو قدم إلى الشخص سؤال : هل طلقت زوجتك زينب فقال نعم ذهب الشيخ الطوسي إلى اعتبار الطلاق بلفظ نعم .

---

(١) ذكر السيد سابق ج ٢ ص ٢٥٧ .

وقد ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله (ع) جعفر بن محمد عن ابيه عن علي (ع) في الرجل يقال له اطلقت امرأتك فيقول نعم قال قد طلقها .

فإن كانت نعم في مرحلة الاخبار فلا يصح الطلاق وإن كان بنحو إعادة السؤال على سبيل الانشاء يمكن فرض الصحة .

وورد أيضاً في رواية عثمان عن بعض اصحابنا قال قلت له رجل طلق امرأته من هؤلاء ولي بها حاجة قال اتلقاه بعدما طلقها وانقضت عدتها عند اصحابنا فنقول له اطلقت فلانة فإن قال نعم فقد صارت تطليقة على طهر فدعها من حين طلاقها تلك التطليقة ثم تزوجها فقد صارت بائنة .

إلا أن هذه الروايات كما يبدو منها توافق مذاق العامة وفيها التزام بما يلزمون به أنفسهم .

الموالاة في الطلاق :

مما استعرضه علماء الامامية في شرائط الطلاق أن يقع عن موالاة وعدم فاصلة فإذا تماهل الشخص في إيقاع الطلاق بأن قال طلقت وسكت برهة من الزمن بحيث لا يراه العرف مقترناً بما بعده ثم قال فلانة وإنما الميزان في الوحدة الزمنية بنظر العرف دون ملاحظة الدقة العقلية وهذا بعينه الحكم في العقود فان الفاصلة الزمنية بين الايجاب والقبول إذا كانت بنظر العرف فاصلة يكون العقد ملغياً وان اعتبره شيئاً واحداً كان العقد صحيحاً وهكذا بالنسبة إلى الطلاق أيضاً كما أوضحناه .

تنجيز الطلاق :

ذهب فقهاء التسنن في صحة التعليق ووقوع الطلاق به ثلاثة شروط :

١ ـ أن يكون على أمر معدوم ويمكن أن يوجد بعد ان كان امراً موجوداً فعلاً حين صدور الصيغه مثل أن يقول إن طلع النهار فانت طالق والواقع أن النهار قد طلع فعلاً كان ذلك تنجيزاً وإن جاء في صورة التعليق فان كان تعليقاً على امر مستحيل كان لغواً مثل ان دخل الجمل في سم الخياط فانت طالق .

٢ ـ أن تكون المرأة حين صدور العقد في الطلاق بان تكون في عصمته .

٣ ـ أن تكون كذلك حين حصول المعلق عليه .

وذكر السيد السابق[١] ان التعليق قسمان : ١ ـ يقصد به ما يقصد من القسم للحمل على الفعل أو الترك أو تأكيد الخبر ويسمى التعليق القسمي مثل أن يقول لزوجته إن خرجت فانت طالق مريداً بذلك منعها من الخروج إذا خرجت ايقاع الطلاق ٢ ـ يكون القصد منه ايقاع الطلاق عند حصول الشرط ويسمى التعليق الشرطي مثل أن يقول لزوجته ان أبرأتني من مؤخر صداقك فانت طالق وهذا التعليق بنوعيه واقع عند جمهور العلماء ويرى ابن حزم انه غير واقع .

وجاء في القانون المصري رقم المادة ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ونصها لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير وجاء في المذكرة الايضاحية لهذه المادة (أن المشرع أخذ في إلغاء اليمين بالطلاق برأي بعض علماء الحنفية والمالكية والشافعية وانه أخذ في إلغاء المعلق الذي في معنى اليمين برأي علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وشرع القاضي وداود الظاهري وأصحابه) .

---

(١) فقه السنة ص ٣٦١ مجلد ٢ .

إلا أن تعرضنا في الزواج المقارن أن الزواج بطبيعته لما كان من العقود يحمل طابع التنجيز دون التعليق والايقاع كذلك عندما يوجد الانشاء فمقتضاه التنجيز ولا يتناسب مع التعليق لأن مقام الانشاء لم يكن فيه مرحلة الشأنية وإنما مرحلة الشأنية هي عين مرحلة الفعلية .

وأما بالنسبة إلى الأمور الاعتبارية فلا تعليق فيها وإنما امرها دائر بين الوجود والعدم والايقاعات كالمعاملات من نوع الامور الاعتبارية والاعتبار قائم في نظر المعتبر فلا يتصف في جانب التعليق والتنجيز أيضاً لأنه كما أشرنا الاعتبار يدور امره بين الوجود والعدم فإذا علق الطلاق على امر حاصل كقوله لمن علم انها زوجته انت طالق ان كنت زوجتي أو كان الشرط مما يقتضيه الطلاق أو التعليق منفصلاً فانه يصح . ولو حدث الايقاع بنحو الوجود الخارجي فكذلك لا يتصف بالتعليق .

طلاق الزوجة نفسها :

يمكن فرض طلاق الزوجة نفسها إذا حصلت على التوكيل من قبل الزوج أو التفويض ويظهر أن حقيقة الوكالة غير حقيقة التفويض .

إذ حقيقة التفويض بان يجعل الزوج للزوجة حقاً في تطليقها نفسها بينما الوكالة بان يجعل الزوج الزوجة بمنزلته في طلاق نفسها من غير نظر إلى اثبات الحق لها في الطلاق .

ويشتمل التفويض على صورة التخيير بين بقاء الزوجه على الزوجية أو مفارقتها .

فإذا اختارت المفارقه فهل نفس التخيير موجب للخروج عن الزوجية أم يحتاج إلى انفصال آخر .

وعند ملاحظة تخيير النبي (ص) لنسائه وتركهن تسعة عشر يوماً ثم

خيرهن بعد ذلك بين البقاء أو الفراق يمكن أن يقع في اختصاص الرسول (ص) أو للأئمة (ع) ولا يسري الحكم إلى سائر المسلمين فيكون نفس التخيير بيدهن مفارقة من مختصاتهم وقد اعتبر هذا من نوع الولاية العامة لهم (ع) إلا أنه يكون خارجاً عن مصاديق الطلاق ويكون تحت عناوين الولاية للنساء من قبل النبي (ص) لهن وعلى هذا التخيير لغير جهة الولاية من النبي (ص) أو للأئمة (ع) لابد من إتيان الطلاق بعد التخيير.

شرائط المطلقة :

قد اعتبر الفقه السني الطلاق على المرأة إلا إذا كانت محلاً له وإنما تكون محلاً له في الصور الآتية :

١ ـ إذا كانت الزوجيـة قائمة بينها وبين زوجها حقيقة.

٢ ـ إذا كانت معتدة من طلاق رجعي أو معتدة من طلاق بائن بينونة صغرى لأن الزوجية في هاتين الحالتين تعتبر قائمة حكماً حتى تنتهي العدة.

٣ ـ إذا كانت المرأة في العدة الحاصلة بالفرقة التي تعتبر طلاقاً كأن تكون الفرقة بسبب إباء الزوج الاسلام اذا اسلمت زوجته أو كانت بسبب الايلاء فان الفرقة في هاتين الصورتين تعتبر طلاقاً عند الاحناف.

٤ ـ إذا كانت المرأة معتدة من فرقة اعتبرت فسخاً لم ينقض العقد من أساسه ولم يزل الحل كالفرقة بردة الزوجة لأن الفسخ في هذه الحالة إنما لطارىء طرأ يمنع بقاء العقد بعد أن وقع صحيحاً[1].

ويقع البحث في شرائط المطلقة عند الامامية على انحاء :

١ ـ أن تكون زوجه فلو طلق الاجنبية بعنوان الزوجة أو طلق المملوكة لم يكن طلاقاً أو طلق على تقدير الزوجية أو طلق بنحو الفرد المردد بحسب

---

(١) فقه السنة السيد سابق مجلد ٢ ص ٢٥١.

المفهوم أو المصداق أو بنحو الكلي في المعين أو الكلي المنطبق على فرد كل ذلك لا ينطبق على حقيقة الطلاق بشيء .

أما بالنظر إلى الكلي في المعين قد ظهر في صحة البيع بنحو الكلي في المعين حتى بالنسبة إلى المفهوم المردد أو المنتشر أو في الجزء المشاع فإذا نظرنا إلى القواعد بما هي فلا يفرق الحال بين المعاملات والايقاعات من حيث الثبوت وأما في مقام الدلالة والاثبات أنها لم تجوز الطلاق على تلك الوجوه وإنما لابد من تعيين الزوجة حين الطلاق .

وقد دلت الاخبار على منع الطلاق إلا مع تحقق عنوان الزوجه :

أ ـ ما رواه عبد الله بن سليمان عن ابيه قال كنا في المسجد فدخل علي بن الحسين (ع) ولم اثبته وعليه عمامة سوداء قد ارسل طرفيها بين كتفيه فقلت لرجل قريب المجلس من هذا الشيخ قال مالك لم تسألني عن احد دخل المسجد غير هذا الشيخ فقلت لم ار أحداً دخل المسجد احسن هيئة في عيني من هذا الشيخ فقال انه علي بن الحسين فقمت وقام الرجل فاكتنفناه وسلمنا عليه فقال له الرجل ما ترى في رجل سمى امرأته بعينها وقال يوم أتزوجها طالق ثلاثاً ثم بدا له أن يتزوجها ايصح له ذلك فقال انما الطلاق بعد النكاح .

قال عبد الله فدخلت أنا وأبي على أبي عبد الله جعفر بن محمد (ع) فحدثه أبي بهذا الحديث فقال له أبو عبد الله أنت تشهد على علي بن الحسين بهذا الحديث فقال نعم .

ب ـ وفي الصحيح أو الحسن عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال سألته عن رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق وان اشتريت فلاناً فهو حر وان اشتريت هذا الثوب فللمساكين فقال ليس بشيء لا يطلق ولا يملك ولا يعتق إلا ما يملك ولا يتصدق إلا بما يملك .

ج ـ وعن سماعة قال سألته عن الرجل يقول يوم اتزوج فلانة فهي طالق فقال ليس بشيء انه لا يملك طلاقاً حتى يملك عقدة النكاح .

د ـ وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال انه سأل عن الرجل قال كل امرأة اتزوجها ما عاشت امي فهي طالق قال لا طلاق إلا بعد النكاح ولا عتق إلا بعد ملك .

هـ ـ وورد عن الفضل عن ابن ثابت قال كنت عند علي بن الحسين (ع) فقال له رجل اني قلت يوم اتزوج فلانة فهي طالق فقال اذهب فتزوجها فان الله بدأ بالنكاح قبل الطلاق فقال إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن .

وكل ما استعرضناه من الروايات جعل الامام النكاح والطلاق من نوع اسبقية الموضوع على الحكم .

وقوع الطلاق دائماً :

أن يكون العقد دائماً . فتوجه الطلاق على عنوان العقد الدائم دون العقد المنقطع كما دل عليه خبر هشام قال قلت كيف خروج المتعة قال تقول يا أمة الله أتزوجك بكذا وكذا درهما فاذا انقضت (مضت) كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك .

وظاهرها انه عند انقضاء المدة يكون خروجها فيكون قوله (ع) الطلاق بيد من بيده عقدة النكاح هل عنوان الطلاق يكون في إطار عقد النكاح الدائم أو يشمل المنقطع أيضاً . فان قلنا أن الوجه في التفرقة بين الدائم والمنقطع ان الدائم فيه إيجاد للعلقة الزوجية وفي المنقطع العلقة هو الاستيجار كما جاء في بعض الروايات انهن مستاجرات فتخرج عن عنوان الزوجية ولا تكون مشمولة للطلاق .

وإن كان الذي نعتقده ان الزوجية جارية من غير فرق بين المنقطع والدائم والتحديد الزمني غير دخيل في واقعية الزوجية .

ولاينافي كونهن مستأجرات لأن الأجرة من نوع الداعي الثانوي بعد الداعي الأولي وهو العلقة الزوجية .

تعيين المطلقة :

من جملة الشروط تعيين المطلقة اذ الطلاق على المرأة المرددة أو المنتشرة أو على نحو الكلي المعين غير صحيح كما أن الطلاق في مرحلة المفهوم أو الطلاق في مرحلة المصداق المردد لا وجود له غير صحيح أيضاً أو الطلاق بنحو الجامع بين الزوجات فيكون غير منطبق على فرد معين فلا يصح فيه الطلاق .

فمن مجموع هذا يكون الطلاق غير واقع لعدم الوجود الخارجي إلا أن صورة الجامع إذا أريد به الاستغراق لمجموع الزوجات اللاتي عنده يكون الطلاق واقعاً في مرحلة الثبوت والاثبات .

أما اذا قصد بالطلاق العنوان على مجموع خصوصيات النساء غير ملحوظة في نظره فكذلك لا يصح الطلاق في مثل هذا النوع لأن العنوان ليس له موضوعية خارجية مشخصة .

أما في صورة التعيين من قبل المطلق او وكيله او عن طريق القرعة فان قلنا أن الطلاق نظير بيع الكلي يمكن أن يتعين من قبل البائع والمطلق .

إلا أن واقع الطلاق عند انشائه قصد به التعيين فموضوعيته في ابتداء الأمر متعينة بخلاف البيع إذ يمكن أن ينبسط على الكلي والتعيين يقع في المرحلة الثانية بخلاف الطلاق فانه في ابتداء وجوده متعين لا إنه وقع التعيين بعد ذلك .

وأما أدلة القرعة وهذا يحتاج إلى بيان القاعدة أولاً ثم ملاحظة انطباقها على المورد ثانياً .

القرعة :

تحتمل القرعة وجودها في تعيين المجهول :

١ ـ الجعل الواقعي .
٢ ـ التشريع الحكمي .
٣ ـ التشريع الموضوعي .

ثم أن القرعة هل هي موضوعة لكل أمر مشتبه أو لكل أمر مشكل فإذا نظرنا إلى الحكم الواقعي فلا اشتباه فيه لمعلوميته لدى الشارع من حيث أصل الجعل والرفع فالحكم سواء كان في مرحلة الواقع أم في مرحلة الظاهر لا اشتباه فيه وإنما الجهل في ناحية موضوع الحكم لا في نفس الحكم كما ذهب إليه سماحة الوالد في هذا المجال أيضاً ولذا قال أن أدلة البراءة والاستصحاب خارجة موضوعاً عن أدلة القرعة لأن البراءة والاستصحاب في مقام الشك والقرعة بعد الفراغ عن الحكم يبحث فيها عن تعيين الموضوع .

وعلى هذا يكون انطباقها على المورد فان قلنا بعموم القرعة فيشمل الحكم وموضوعه وجميع الحقوق الراجعة لله وللانسان ويبدو عدم التمسك بهذا العموم بل نحن وظاهر الأدلة لم تثبت إلا في موارد معينة ولا تسري إلى غير ما جاء بنفس الدليل الخاص فيكون انطباق القرعة على الكلي المعين أو الفرد المنتشر أو على البدل فينافي حقيقة الطلاق الذي وضع في ابتداء الأمر للتعيين وبهذا ليست في مقام الجعل الواقعي أو الحكمي أو الموضوعي .

طهارة المطلقة

يشترط في صحة الطلاق أن يقع الطلاق في دور الطهارة فلا يقع في مرحلة الحيض والنفاس كما دل عليه الكتاب العزيز في قوله سبحانه فطلقوهن لعدتهن ولما روي عن النبي (ص) عندما طلق عبد الله بن عمر امرأته فأمر (ص) إياه فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلقها وإن شاء أمسكها فتلك العدة التي امر الله تعالى أن يطلق لها النساء وعن أبي جعفر وأبي عبد الله (ع) انهما قالا إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعدما يمسها فليس طلاقه إياها بطلاق .

وعن بكير وغيره عن أبي جعفر (ع) قال كل طلاق لغير العدة ليس بطلاق ان يطلقها وهي حائض أو دم نفاسها أو بعدما تغشاها قبل أن تحيض فليس طلاقها بطلاق إلى غير ذلك .

وعن أبي جعفر (ع) وعن ابنه ما ملخصه أن الطلاق أمر الله به في كتابه وسنة نبيه أن المرأة إذا حاضت وطهرت من حيضها أشهد رجلين عدلين قبل

أن يجامعها تطليقة وهذه الأخبار تعطي صورة عن عدم مواقعة الرجل للمرأة بعد طهارتها فإذا واقعها بعد الطهارة بطل الطلاق لعدم تمامية الشرط .

ولو أقدم على طلاقها قبل الاغتسال بنـاءً على قراءة الآية الكريمة بالتشديد إلا أن يطهرن فلا يقع الطلاق صحيحاً وليس المجال هنا من نوع الحكم التكليفي كما التفت اليه الوالد كما في قوله وأما عدم جواز مقاربة الرجل للمرأة قبل الاغتسال مع القول بحرمته فليس من ناحية وجود الحيض بل انما تحرم المقاربة لعدم التطهير ولاسيما إذا قرأت الآية إلا أن يطّهرن لا يطهرن وإنما المورد من باب الحكم الوضعي وهو البطلان دون الحرمة التكليفية .

وعندئذ يكون وقوع الطلاق في حال الحيض باطلاً للاجماع والروايات إلا في صورة المدخول بها والغائب عنها زوجها والحامل ولذا قال الشهيد الاول في الروضة ويعتبر في المطلقة الزوجية والدوام والطهر من الحيض والنفاس إذا كانت مدخولاً بها حائلاً حاضراً زوجها معاً .

الطهارة شرط او مانع

فمن ذهب إلى أن الطهارة شرط استدل بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واحصو العدة وظاهر الآية أن الطلاق الذي وقع في الطهر يحتسب من العدة بخلاف الحائض فانه في وقت الحيض لا يحتسب من العدة .

وتقع ثمرة الشرطية والمانعية إذا طلقها جاهلاً بحسب الشروط فعلى الشرطية يكون باطلاً وعلى المانعية يقع صحيحاً .

التحيض والحيض

تقع فروع لابأس في التعرض إليها في هذا الموضوع وذلك فيما لو كانت المرأة قد جعلت الحيض بها بحكم الأقران أو الأقارب أو الأوصاف من الأسود بالقياس إلى الأحمر والأحمر بالقياس إلى الأصفر هذه الأنحاء تحت إطار الطهارة تعبداً بمعنى التنزيل الحكمي والتنزيل الموضوعي .

ذهب المشهور إلى الحرمة اذا اختارت تعيين الأيام أو الصفات وتترتب عليها آثار الحيض والنقاء الحاصل بين الحيض بحكم الحيض دون جعله من موضوع الحيض .

وتكون الثمرة بنـاءً على التنزيل الموضوعي أن جميع آثار الحيض تترتب لحالة الحيض وأما لو كان التنزيل حكميا فلا تشمل جميع آثار الحيض لحالة التحيض .

وهذا كله يحتاج إلى مراجعة الدليل في كلا التنزيلين والذي نلاحظه في روايات المبتدئة في باب الحيض والمضطربة عدداً أو وقتاً أو كلاهما يستفاد منها التنزيل الحكمي .

وعند الشك في التنزيلين وكانت المرأة مجردة عن وجود الاقراء حكمها ترتب الأثر على التنزيل الحكمي وهو الأخذ بالشهور وقد اشار سماحة الوالد في هذا المجال بعدم تعرض الفقهاء لهذه الفروع وقال لعل الحكم عندهم واضح في إلحاقها بالشهور[1] .

ويتفرع أيضاً إجراء صيغة الطلاق فبناء على ان التمييز والاخذ بالايام والاقارب او اقرانها من التنزيل على وجه الدلالة العرفية يكون ما خلا هذه الامور هو الطهر وأما لو كانت هذه الامور ليست من لوازم التنزيل فيكون

---

(١) الطلاق ص ١٨٩ .

ما عدا تلك الامور هو الطهر واقعاً فيكون إجراء الصيغة في تعددها اوقات التمييز وعدمه في الروايات[1] .

الاستبانة

يبدو من ظاهر صحيحة ابن مسلم عن أبي عبد الله (ع) خمس يطلقهن أزواجهن متى شاء المستبين حملها والجارية التي لم تحض والمرأة التي قعدت من المحيض والغائب عنها زوجها والتي لم يدخل بها .

فالتعبير منه (ع) الحامل المستبين حملها يراد أن عدم الاستبانة في الحمل لا يصح فيه الطلاق فلابد من اليقين بعدم الحمل كما يوجد في تعبير الإمام أيضاً الحامل المتيقن حملها .

ولايخلو الأمر بين جعل الاستبانة بنحو القيدية الموضوعية في صحة الطلاق أو بنحو الطريقية والذي نلحظ من آراء الفقهاء عدم القيدية فيهما وكذا بالنظر إلى اليقين أيضاً .

وتكون الثمرة بناءاً على الموضوعية انه لو اعتقد الحمل فطلق وبعد فترة لم ينكشف الحمل ولكن بذلك الوقت المرأة قد تزوجت فيكون الطلاق صحيحاً والعقد جارياً عليها .

وأما بنـاءً على الطريقية وانكشاف الخلاف فلا يصح الطلاق ولا يصح لها التزويج .

وبهذا يكون نظر العلم اليقيني إلى الطريقية دون الموضوعية ولو قدر له الموضوعية لانقلبت حقيقته من الفناء إلى الاستقلال .

وبهذا يمكن أن نورد على علماء الأصول في تقسيمهم العلم والقطع إلى

---

(١) الطلاق ص ١٩٠ .

الطريق المحض والموضوعي الطريقي والصفتي غير الموضوعي اذا كان العلم والقطع محفوظي الجانب من ناحية الكاشفية وأما في دور الانقلاب فيكون حقيقة أخرى .

فما أجاب به سماحة الوالد عن الأصوليين قد خرج من مقام التناقض إلى جهة الانقلاب إلى الحقيقة الأخرى[1] إلا أن الذي نلحظه منهم مع حفظ الطريقية قد اتصف العلم والقطع بالموضوعية والصفتية وما ذاك الا جمع بين الحقيقتين المتناقضتين إذ الطريقية تأبى الموضوعية لأن الطريقية تحكي عن المعنى الحرفي والموضوعية تحكي المعنى الاسمي ولا يصح أن يجتمع أحدهما في موضع الآخر .

الطلاق مع الحمل

أما في صورة الحامل فيصح جريان الطلاق في حقها وشرطية الطهارة في حقها غير جارية فيصح جريان الطلاق أيضاً ولو كانت في حال الحيض لا مكان وقوع الحيض في حال الحمل وقد دلت عليه بعض الأخبار على كون الحمل آخر مرحلة العلقة بين الزوجين .

١ ـ عن اسماعيل الجعفي عن أبي جعفر (ع) قال طلاق الحامل واحدة فاذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه .

٢ ـ وعن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال طلاق الحامل واحدة وإن شاء راجعها قبل أن تضع فان وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب .

وعن أبي بصير قال قال أبو عبد الله (ع) طلاق الحامل الحبلى واحدة وأجلها أن تضع حملها وهو اقرب الاجلين .

---

(١) الطلاق ص ١٩٧ .

كما أنه اشتراط وقوع الطلاق في طهر غير طهر المواقعة بالنظر إلى حضور الزوج دون غيبته أما اذا كان غائباً فيصح منه الطلاق ولو صادف وقوعه في محل الحيض فلا اعتبار بالعلم على جعل الطلاق في محل الطهر كما ورد في بعض الروايات عن جابر الجعفي عن أبي جعفر (ع) قال خمس يطلقن على كل حال الحامل المتبين حملها والتي لم يدخل بها زوجها والغائب عنها زوجها والتي لم تحض والتي قد جلست عن المحيض .

وعن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) قال لابأس بطلاق خمس على كل حال الغائب عنها زوجها الخ .

وعن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سألته عن الرجل يطلق امرأته وهو غايب قال يجوز طلاقه على كل حال وتعتد امرأته من يوم طلقها[1] .

ويبدو من عرض هذه الروايات صحة الطلاق في حال الطمث ولو كان الزوج غائباً .

الشهادة في الطلاق

ذهب جمهور فقهاء السنة من السلف والخلف إلى أن الطلاق يقع بدون اشهاد لأن الطلاق من حقوق الرجل ولا يحتاج إلى بينة كي يباشر حقه ولم يرد عن النبي (ص) ولا عن الصحابة به ما يدل على مشروعية الاشهاد على عكس أئمة الشيعة وإن ذهب عطاء وابن سيرين وابن جريح إلى مذهب أئمة الشيعة[2] .

وبهذا يكون مخلاً في الاجماع كما ذكر السيد سابق اذا تبين لك أن

---

(١) الوسائل باب ٢٠ .
(٢) راجع فقه السنة ٢ للسيد سابق ص ٢٦٠ مجلد ٢ ط ٢ .

وجوب الاشهاد على الطلاق هو مذهب هؤلاء الصحابة والتابعين المذكورين تعلم أن دعوى الاجماع على ندبه المأثورة في بعض كتب الفقه ولكن نناقشه في ناحية الاجماع الندبي انه مخالف لسير الصناعة في الجمع الروائي دون الجمع في ناحية الاجماع لأنه دليل لبي يدور أمره بين الوجود والعدم وليس قابلا للجمع الحكمي أو الموضوعي .

يرتكز الطلاق على الشهادة من فردين عادلين كما ورد من الكتاب قوله تعالى فاشهدوا ذوي عدل منكم من رجالكم .

وورد في الأخبار عن زراره ومحمد بن مسلم قال الباقر والصادق وإن طلقها في استقبال عدتها طاهرة من غير جماع ولم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق .

وفي حسنة زراره ومحمد بن مسلم قال الباقر (ع) الطلاق لا يكون بغير شهود .

وفي خبر أبي الصباح من طلق بغير شهود فليس بشيء .

وفي خبر ابن مسلم قال أمير المؤمنين لمن سأله عن طلاقه اشهدت رجلين عدلين كما أمر الله عز وجل فقال اذهب فليس طلاقك بطلاق .

وعن زرارة بن اعين عن الامام الباقر (ع) قال طلاق السنة اذا طهرت المرأة فليطلقها واحدة مكانها من غير جماع يشهد على طلاقها .

وعن الامام الباقر (ع) قال أن الطلاق الذي امر الله عزوجل في كتابه والذي سن رسول الله (ص) ان يخل الرجل عن المرأة فاذا حاضت وطهرت من محيضها اشهد رجلين عدلين على تطليقه وهي طاهر من غير جماع وهو احق برجعتها ما لم تنقض ثلاثة قروء وكل طلاق ما خلا هذا فباطل ليس بطلاق .

إن الميزان في الشهادة ان يعلم الشاهد بالعلقة بين الزوجين ولا يشترط العلم بالمطلق والمطلقة لعدم الاثر في ناحية الشهادة اذ العلم بالمطلق أو المطلقة من مقارنات الشهادة لا فيما تعلقت به الشهادة خلافاً لصاحب المدارك حيث اعتبر العلم في ناحية المشهود به ولا يكتفي بمجرد سماع الصيغة .

وأما ما استشهد بمكاتبة محمد بن أحمد بن مطهر إلى العسكري (ع) اني تزوجت امرأة أخرى فكتب (ع) انظر إلى علامة ان كانت واحدة منهن فتقول اشهد وان فلانة التي بها العلامة ان كانت كذا وكذا هي طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة .

فالظاهر من المكاتبة ان الاكتفاء بالعلامة يغني عن الإشتراط تفصيلاً ويبدو ان جعل العلامة لاثبات العلقة بين الطرفين دون ملاحظة العلم التفصيلي من غير أن يستدعيا للشهادة وإنما يكفي منهما بمجرد السماع .

كما انه عند الشك في العلم بالمطلق والمطلقة مع إجراء الصيغة الاصل البراءة منه فلا يلتزم الشهادة على المطلق والمطلقة .

وأما حضور الشاهدين فلابد من تحققه كما دلت عليه الآية الكريمة فلو كان الحضور من وراء زجاج او ستار فانه لا يكفي ما لم يكن مشاهدة واستماع إلى اجراء الصيغة .

ولابد أن تجري الصيغة بمحضر شاهدين فلو حضر احدهما وعلم الآخر في اليوم الثاني لا يكفي بمقتضى دلالة الآية بقوله فاشهدوا ذوى عدل منكم كما دل في صحيحة او حسنة محمد بن أبي نصر قال سألت ابا الحسن عن رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع واشهد اليوم رجلاً ثم مكث خمسة ايام ثم اشهد آخر فقال انما امر ان يشهدا جميعاً .

وأما صحيحة ابن بزيع عن الرضا قال سألت عن تفريق الشاهدين في

الطلاق فقال نعم وتعتد من أول الشاهدين وقال لايجوز حتى يشهدا جميعاً .

فالظاهر انها محمولة على التقية وحملها الشيخ على الاستشهاد .

وبالجملة ان التفريق في الشهادة غير صحيح في اجراء الطلاق وانما يكفي في اثار الطلاق في ناحية الاقرار والاثر المترتب عليه من جهة القضاء والدعوى .

لا اعتبار في شهادة المرأة

يمكن أن نقول ان هناك موارد مستثناة في مقام الشهادة للمرأة فقد منع الشارع شهادة امرأة في ناحية الطلاق بمقتضى ظهور الآية بقوله تعالى ﴿اشهدوا ذوي عدل منكم﴾ وهذا مما يدل على اعتبار الذكورية في الطلاق . كما عن علي (ع) لا اجيزها في الطلاق .

وعن محمد بن الفضل عن أبي الحسن الرضاء (ع) ولا تجوز شهادتهن في الطلاق ولا في الدم وما ورد في رواية السكوني في شهادة النساء لاتجوز في الطلاق ولا في الحدود ولا في الديون ولا ما يستطيع الرجل النظر له .

عدالة الشاهدين

تناول علماء الامامية مفهوم العدالة على أنحاء .

١ ـ الاستقامة في العمل من وجوب أو تحريم بدافع الهي .

٢ ـ حسن الظاهر .

٣ ـ بمعنى الملكة وهي الصفة النفسانية .

٤ ـ تطابق المقتضي للمقتضى وهي ما دون الملكة كحالة الكرم مما يقتضيه طبع الانسان .

٥ ـ أن يكون عمله على طبق الفطرة الاسلامية .

تعرض علماء الأخلاق إلى العدالة ويراد بها تعادل الصفات النفسية فمثلاً عندما يكون في الانسان صفة الجبن والتهور أو الحياء والخمول او العفة والوقاحة فإذا حصل للانسان على أحد هذين الصفتين كان غير مستقيم في ناحيته الاجتماعية فكلما التحم بصفة من صفات الافراط أو التفريط عمت الفوضى في صفوف المجتمع وصارت الحياة مضطربة الاتجاه فان الحياء الكثير يوجب له عدم تشكيل الاسرة والغضب الشديد يوجب عدم الانضمام للمجتمع .

وبهذا جاء علماء الأخلاق إلى تعديل الصفات بان يكون بين الجبن والتهور ما ينتزع منهما صفة الشجاعة أو بين صفة الإسراف والتقتير ينتزع منهما صفة الكرم .

فالعدالة ينظر إلى الصفة الفاضلة التي ترمز إلى ناحية الخط المعتدل في سلوك الانسان فاذا كان الشخص في إتجاه الافراط او التفريط صار في سلك عدم الاستقامة .

ويدل على ذلك ما ورد بصحيحة عبد الله بن أبي يعفور بناءً على صحة سندها قال قلت لأبي عبد الله بم تعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم وعليهم فقال ان تعرفوه بالستر والعفاف وكف البطن والفرج واليد واللسان ويعرف باجتناب الكبائر التي اوعد الله عليها بالنار من شرب الخمر والزنا والرياء وعقوق الوالدين والفرار من الزحف إلى غير ذلك .

فالذي ذهب إلى الملكة اتجه إلى ناحية الاعتدال النفسي على وفق الفطرة والذي اختار الاستقامة في العمل قال بإن الرواية في خط الاعتدال العملي لا النفسي .

وإن كان الذي نعتقده ان عدالة الشاهد ان يكون في دور الاستقامة في العمل بدافع الهي والملكة أو حسن الظاهر او بمعنى الاقتضاء للمقتضي كلها طرق للوصول إلى إتجاه الاستقامة في العمل .

ولا يلزم ما اورده سماحة الوالد أن يكون عادلاً وفاسقاً في زمان واحد حيث ان اتيان العمل بنحو المخالفة في الآن الثاني زمان آخر عن زمان الطاعة في ذلك الزمان الاول .

وأما لو كان من طبيعة الشخص عدم الرغبه في المعصية او جاء بالتكليف بدافع خوف العقوبة أو المحبة للثواب لا يضر من جانب كون العمل جيء به بدافع الهي ولم يخرج عن دائرة الامتثال .

أما لو كان فاقداً للشهوة او الغضب فانه لا مجال لتوجه التكليف نحوه لعدم الموضوع فيهما الا انه يختلف فيما لو كان الشخص قد امات جهة الشهوة أو الغضب بسبب الدافع الالهي فان الموضوعية غير فانية واقعاً كسير الأنبياء والصلحاء نحو المعاصي فانهم بسبب الامتثال الالهي كانت المعاصي فانية لا بنحو الفناء الحقيقي والجبر في مقام الذات .

والروايات عند ملاحظتها تشير إلى التطبيق العملي بدافع آلهي وإن كانت الالسنة فيها مختلفة فانه قد جاء في خبر يونس بن عبد الرحمن عن بعض رجاله عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن البينة اذا اقيمت على الحق ايحل للقاضي أن يقضي بقول البينة فقال خمسة اشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم الولايات والمناكح والذبائح والشهادات والانساب فاذا كان الرجل ظاهراً مأموناً جازت شهادته ولا يسأل باطنه وهذه الرواية ظاهرة في حسن الظاهر لأن الدافع الآلهي لم يكن معلوماً لدى الطرف المقابل .

وهكذا في رواية عمار بن مروان عن أبي عبد الله (ع) قال لابأس بشهادة الضيف اذا كان عفيفاً صائناً الحديث .

فان هذه الرواية ظاهرة أيضاً في حسن الظاهر وغير ناظرة إلى جهة التطبيق العملي بالدافع الالهي او بنحو الملكة او العمل على منهج الفطرة الاسلامية .

إلا أن رواية عبد الله بن المغيرة قال قلت للرضا (ع) رجل طلق امرأته واشهد شاهدين ناصبيين قال (ع) كل مولود ولد على الفطرة وعرف بالصلاح نفسه جازت شهادته ولكن هذه الرواية تسير في ركاب التقية وإن كان لحنها الخطابي في مقام الفطرة فإذا كان سير الانسان على وفق الفطرة يكون عادلاً والظاهر انه لا يكفي مجرد السير على وفق الفطرة ما لم يكن العمل على وفق الارادة الآلهية والدافع الآلهي .

وما أجاب به سماحة الوالد في الدافع الآلهي بان اعتدال العمل على طبق الجادة الشرعية ان اريد به اعتدال كل اعماله واقعاً وإن لم تكن في نفسه صفة العدالة بالمعنى المعروف من الملكة ولو في شهر أو في يومين فلا اظن ان القائلين لو علموا من شخص ذلك لحكموا عليه بالامانة بل يقع منه مورد التشكيك في نفس المعدل ولا يرتبون عليه الاثار الشرعية .

لا يخلو من مناقشة لأنه مع فرض وقوع الاعتدال في جميع اعماله واقعاً لم يكن النظر إلى جهة الملكة ومع عدم التمسك بالملكة لا يضر في إطلاق العدالة عليه والعلم بعدم الملكة غير مؤثر في ناحية صفة العدالة وعدم ترتيب الاثار الشرعية يكون بلا مدرك شرعي مع كون الميزان في العدالة الدافع الالهي والملكة تقع طريقاً لتحقق الدافع الالهي .

وكذا لا وجه للاشكال من سماحة الوالد لو اريد باعتدال بعض الاعمال المشاهدة من الشخص ولو مع عدم الخبرة باعتدال اعماله الأخرى لأن الميزان في إتيان العمل بدافع آلهي وقد شاهده الشخص ولا يلزم أن يرى جميع اعماله بهذا النسق .

إلا أن الكلام يمكن أن يقع في ناحية إتيان العمل بالدافع الآلهي في الزمن الطويل أو الزمن القصير .

القاعدة تقتضي أنه بمجرد اتيان العمل كاف في صدق العدالة وطول الزمن وقصره غير دخيل في ماهية العدالة .

أما من يتمسك بالملكة أو المقتضي بلحاظ مقتضاه فلابد من استمرارية الزمن حتى تتكيف النفس وتتطبع على وفق المقررات الشرعيه .

اقسام الطلاق

١ ـ طلاق بدعي .
٢ ـ طلاق سني .

وينقسم الطلاق السني إلى قسمين :
١ ـ رجعي .
٢ ـ غير رجعي .

وقد قسم الطلاق السني أيضاً إلى بائن ورجعي والرجعي إلى عدي وغيره .

وهناك تقسيم ثالث أن الطلاق ينقسم إلى عدي وسني بالنظر إلى شرائط الطلاق فتترك إلى انقضاء عدتها سواء كانت رجعية أم بائنة ويتزوجها بعد ذلك بعقد جديد ووقع تقسيم رابع إلى جعل الطلاق العدي من مصاديق الطلاق الرجعي .

وتكون النسبة بين الطلاق السني والبائن والرجعي العموم من وجه

ويكون مورد الافتراق في البائن اذا لم يتزوج فيها بعد العدة ويختص في صورة الطلاق السني اذا كان بائناً وتزوج بعد العدة ويكون مورد الاجتماع اذا كان الطلاق رجعياً ولم يرجع حتى انتهاء العدة وعلينا بمتابعة الاخبار في الاقسام .

فقد جاء في صحيح زرارة قلت لابي جعفر (ع) فسر لي طلاق السنة وطلاق العدة فقال اما طلاق السنة فاذا اراد الرجل ان يطلق امرأة فلينتظر بها حتى تطمث وتطهر فاذا خرجت من طمثها طلقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين على ذلك ثم يدعها حتى تطمث طمثتين فتنقضي عدتها بثلاث حيضات وقد بانت منه ويكون خاطباً من الخطاب إن شاء وإن شاءت لم تتزوجه وعليه نفقتها والسكنى مادامت في عدتها وهما يتوارثان حتى تنقضي العدة قال وأما طلاق العدة الذي قال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة فاذا اراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العدة فلينتظر بها حتى تحيض وتخرج من حيضها ثم يطلقها تطليقة من غير جماع ويشهد شاهدين عدلين ويراجعها من يومه ذلك ان احب او بعد ذلك بايام قبل ان تحيض ويشهد على رجعها ويواقعها حتى تحيض فاذا حاضت وخرجت من حيضها طلقها تطليقة اخرى من غير جماع ويشهد على ذلك ثم يراجعها ايضاً متى شاء قبل أن تحيض ويشهد على رجعها ويواقعها وتكون معه إلى ان تحيض الحيضة الثالثة فاذا خرجت من حيضتها الثالثة طلقها التطليقة الثالثة بغير جماع ويشهد على ذلك فاذا فعل ذلك فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره قيل له فان كانت ممن لا تحيض فقال مثل هذه تطلق طلاق السنة .

والذي يظهر من عرض هذه الرواية انها في مقام التمييز بين السني والعدي ولا يراد بالعدي في خصوص الطلاق الرجعي بل يعم سائر الطلقات .

وقد جرت صحيحة ابي بصير وصحيحة ابن مسلم على هذا النسق من التفرقة بين السني والعدي .

الطلاق الرجعي

نتعرض في حديثنا حول الطلاق الرجعي هل يراد به انقطاع العلقة بين الزوجين على وجه الحقيقة والانفصال التام او انفصال في الجمله او بقاء العلقة بتمامها .

والذي يبدو من مراجعة الادلة انها لم تخرج عن العلقة بتاتاً بمقتضى رواية محمد بن مسلم انه سأل ابا جعفر (ع) رجل طلق امرأته واحدة ثم راجعها قبل ان تنقضي عدتها ولم يشهد على رجعتها قال هي امرأته ما لم تنقض عدتها فكان التعبير منه (ع) هي امرأته ويمكن أن يقع التعبير بان الطلاق الرجعي يفيد تعليق الزوجيه لا رفع عنوان الزوجيه وبهذا تعرف ان العلقة بتمامها غير ثابتة كما لا يستفاد من الأدلة بقاء حقيقة الزوجية بتمامها .

وأما التعبير في قوله تعالى ﴿وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا﴾ . فلا يقصد بالحق المصطلح هو الحكم المقابل للحق وهو الجواز وإنما يراد به مطلق الثبوت الشامل للحكم والحق كما اوضحناه في محله .

صيغ الرجوع

لا يشترط في العودة إلى الزوجية صيغة معينة كما في النكاح فلا يحدد الرجوع بكلمة رجعت او رددت او امسكت وانما كلما دل على العودة باي لفظ كان حتى بالالفاظ المجازية الدالة على الرجوع .

وأما الفعل فكذلك فانه دال على حقيقة الرجوع بحيث يكون العمل منه فيه قرينة على العودة ولو كان الوطء عن نية الزنا فان وجود العمل الخارجي منه استحق سحب ذلك الخيط المتصل لأن العلقة لم تنفصل إنفصالاً تاماً فاللمس او التقبيل بشهوة كلها مصاديق للرجوع وإن لم يحدد الرجوع بقالب لفظي صريح .

نية القصد

ولا يعتبر في العودة إلى نية القصد . وهذا مما يستدعي بيان القصد فان صاحب الحدائق اشترط في الرجوع إلى القصد إلا أن القصد عند ملاحظته يتجه إلى عنوانين :

١ ـ قصد في ناحية الفعل .

٢ ـ قصد في ناحية الرجوع .

فعند الغفلة أو النسيان باللمس او التقبيل او الوطء فعلى مذهب الحدائق لا يتحقق الرجوع بخلاف ما اخترناه من بقاء العلقة وان القصد في الفعل كاف في صدق الرجوع من غير اشتراط في ناحية قصد الرجوع كما ذهب إليه سماحة الوالد في كتابه الطلاق[1] .

حيث ان الرجوع ليس من الأمور الانشائية الذي يحتاج الى القصد وانما

---

(١) تحرير الاستدلال في كتاب الطلاق ص ٢٥٦ .

يوجد ولو بمجرد العمل الخارجي وليس مسبباً عن دائرة الانشاء كما في الملكية .

انكار الطلاق

ذهب فقهاء الامامية إلى ان مجرد انكار الطلاق يعتبر رجوعاً واستدل له في رواية أبي ولاد الخياط في الصحيح عن أبي عبد الله (ع) قال سألته عن امرأة أدعت على زوجها انه طلقها تطليقة طلاق العدة صحيحاً يعني على طهر من غير جماع واشهد بها شهوداً على ذلك ثم انكر الزوج بعد ذلك فقال إن كان انكار الطلاق قبل انقضاء العدة فان انكاره للطلاق رجعة لها وان انكر الطلاق بعد انقضاء العدة فان على الامام ان يفرق بينهما بعد شهادة الشهود بعدما يستحلف ان انكاره للطلاق بعد انقضاء العدة وهو خاطب من الخطاب . وظاهر الرواية تعطي صورة عن كون مجرد الانكار يعتبر رجوعاً .

ويمكن تصوير الانكار فيها على وجوه :

١ ـ الانكار بعد العدة .

٢ ـ الانكار حين العدة .

٣ ـ الانكار بنحو التعليق .

وأما الانكار بعنوان الرجوع فهو على نوعين :

١ ـ الرجوع بنحو الشك .

٢ ـ الرجوع بنحو اليقين .

هذه الصور المحتمله في الروايه والذي نلحظه منها ان الانكار يعتبر رجوعاً كما عليه فقهاء الامامية ولكنه في حين العدة واما الانكار بنحو التعليق فهو من اللوازم لوجود الانكار بمعنى اني لو طلقت فلا قصد لي في رجوعها .

وبهذا يكون الانكار ملتئماً مع اليقين باستقرار الزوجيه دون الشك في

وجودها واما الانكار بعد انقضاء العدة فالظاهر من الرواية قد اعتبرت الحلف من قبل الحاكم الشرعي كما في قوله (ع) بعدما يستحلف او في صحيح محمد بن مسلم عن احدهما (ع) في الرجل يدعي ولا بينة له قال يستحلفه[1] .

فكان توجيه القسم من قبل الحاكم الشرعي وليس من قبل المدعي وبهذا تكون الدعوى باقية ولذا مجرد النكول لا يخرج عن دائرة الدعوى .

موازين القضاء في دور الانكار

ورد في حكم الانكار عن الرسول (ص) انما اقضي بينكم بالبينات والايمان وورد في قوله (ص) في رواية هشام البينة على من ادعى واليمين على من ادعي عليه .

فيكون وظيفة المدعي البينة ووظيفة المنكر اليمين لجهة عدم حصول البينة لديه غالباً .

اما لو حصل لدى المنكر البينة او لا يمكن للمدعي البينة فتكون وظيفة المنكر البينة ووظيفة المدعي اليمين من باب الحكومة الثانوية الحاكمة على الادلة الاولية .

ويكون دور الانكار في اتجاهين .

١ ـ الاتجاه الايجابي كأن يقول هذه زوجتي .

٢ ـ الاتجاه السلبي هو ما يقتضي مدلوله المطابقي لوجود الانكار عند تعبير الرجل بانها ليست مطلقة .

وكذا الحكم بالنظر إلى البينة فانه يتجه إلى خطين .

---

(١) الوسائل باب من أبواب كيفية الحكم وأحكام الدعوى حديث ١ .

١ ـ الخط الايجابي بان تثبت البينة على سرقة المال ونحوه .

٢ ـ الخط السلبي وهو كون البينة تقول ليس له مال فيكون في دور الخط الايجابي عدم الاحتياج الى اليمين بخلاف الخط السلبي لانه يحتمل ان يكون له مال فلذا يمكن للحاكم الشرعي ان يسند في دعواه الى اليمين .

ويكون مقامنا بالنسبة إلى منكر الطلاق حين العدة وهي تدعي الرجوع بعد العدة فالقول في جانبه وهي محتاجة الى الاثبات كل ذلك اذا كان الزمان متفقاً فيه وان اختلف الزمان فاذا امكن لاحد الزوجين اقامة البينة فيكون الحكم على وفقها وإلا فالحكم عدم الرجوع الى التحالف كما يبدو من ظاهر رواية ابي ولاد لأن الحكم منوط من قبل الحاكم الشرعي فيكون النزاع باقياً ما لم يحكم الحاكم بالرجوع إلى القسم وإلا فمجرد النكول لا يكفي الخروج عن دائرة الدعوى كما حررناه في محله .

وما اجاب به سماحة الوالد أن رأى الحاكم ونظره مختلف بحسب المقامات باختلاف الحاكمين فقد يكون الحاكم معتقداً بالقضاء بمجرد النكول وقد لا يكون كذلك[١] .

يرد عليه لأن الميزان في الرجوع بانه هل موضوعية الدعوى تتم بمجرد النكول ام لا من غير نظر إلى ناحية رأي الحاكم في الاكتفاء بالنكول وعدمه فالرجوع إلى رأي الحاكم ما ذاك إلا مصادرة في المطلوب ولم يكن خروجاً عن دائرة اصل الموضوعية في بحث النكول .

صور الدعوى

تتصور صور الدعوى إلى انحاء :

١ ـ عندما يطلق طلاقاً رجعياً في صورة عدم الدخول فيكون من موارد

---

(١) المحاكمة في القضاء ص ٣١٦ .

الطلاق البائن الذي لا رجعة فيه .

٢ ـ لو كانت الصورة الظاهرية مع الزوج بان اجتمع معها منفرداً واحتمل مقاربتها إلا انها انكرت الدخول بها فالاصل عدم الدخول وان كانت الصورة الظاهرية معه إلا أن الأصل في هذا المقام مقدم على الظاهر ولا يثبت دعواه .

٣ ـ الاعتراف بالدخول اولاً ثم انكاره من قبل الزوجة ولكن ادعى الزوج الدخول بعد ذلك فيكون مقتضى اعترافها وانكارها ثانياً اذا لم يكن الظاهر في جانبها فيقدم الأصل وقد بينا ان الاصل مقدم سواء كان الظاهر موجوداً أم غير موجود . أو يتمسك كلٌ منهما على طبق الواقع من الدخول وعدمه على ما يعتقدا به في علم الله اما بالدخول او عدم الدخول .

أو كان الاعتراف والانكار منها والادعاء بالدخول من قبل الزوجة يقع في إطار الدعوى فيكون حقيقة الدعوى على الوجوه المقررة في ميدان الدعوى انه لو ترك لم يترك ولو سكت لم يسكت عنه او كان دور الدعوى يعطي صورة المخالفة للظاهر الموافق للاصل والمنكر يكون موافقاً للظاهر المخالف للاصل فيكون تصوير الدعوى يمكن ان تحرر بمايلي .

هل الدعوى فعلية ام لا

بمعنى ان حكم القضاء هو منوط بوجود دعوى فعلية لان الدعوى من الادعاء ويراد به المبدأ الفعلي فعلى هذا عند عدم موضوع الدعوى لا مورد للحكم الشرعي في بت الدعوى .

اما لو كانت الدعوى على عنوانها ولو كانت توجد في المستقبل كما قربه سماحة الوالد[1] فيمكن الحكم بدون تحقق موضوع الدعوى خارجاً .

(١) كتاب الطلاق ص ٦٢٢ ـ ٢٦٧ .

والذي نعتقده أن الحكم منوط في وجود موضوعه الخارجي فلا مجال للحكم قبل استقرار الدعوى في المستقبل والحكم على عنوان الدعوى غير صالح في بت الدعوى وانما يرتكز القضاء على الدعوى الفعلية دون مقدرة الوجود فينتج موضوع بحثنا بالنظر إلى انكار المرأة في الدخول وادعاء الزوج بالدخول ان الموافقة للاصل أو المخالفة له الموافق للظاهر لم تكن داخلة في حقيقة الدعوى وانما هي من آثار الدعوى فيكون سير الدعوى ان المدعى عليه اقامة البينة كما انه لو ادعت الدخول وانكره الرجل فعليها البينة لانه موافق للاصل ومخالف للظاهر .

وأما في صورة عدم إقامة البينة أن قولها موافق للاصل يقع القسم عليها وعند امتناعها من الحلف يرد القسم على الزوج فان حلف انقطع سير الدعوى وإلا كان القول قولها من غير قسم .

الدعوى على المهر

يمكن تصوير الدعوى على المهر بنقاط :

١ ـ الدعوى بعدم وجود المهر لها في الذمة لا كلاً ولا بعضاً .

٢ ـ الدعوى بين الاقل والاكثر بان تدعي الزوجة الكثرة وهو يدعي القلة .

٣ ـ أن يدعي الزوج مهر السنة كمهر رسول الله لفاطمة من الامام علي (ع) وهي خمسمائة درهم والزوجة تدعي عدمه .

٤ ـ ان تكون الدعوى من قبل الزوج على عين والزوجة تدعي على عين اخرى .

أما في الصورة الأولى ان تقبل في الزوجية من غير مهر اصلاً فالظاهر خلافه لأن المجتمع النسائي انما يقدم على التقابل دون العقد المجاني .

واما ما ذكره سماحة الوالد في قوله نعم اذا كان هناك شيء معين ولو قراءة سورة أو كفاً من سكر فعليها الاثبات وليس عليه في مقام الانكار إلا اليمين[1] يكون خروجاً عن الفرض لأن الصورة الأولى تعطي عدم وجود مهر اصلاً لا فيما قدر له وجود ولو بنحو القلة .

وأما في الصورة الثانية فقد دلت صحيحة أبي عبد الله عن ابي جعفر (ع) في رجل تزوج امرأته ولم يدخل بها فادعت ان صداقها دينار فذكر الرجل انه اقل مما قالت وليس لها البينة على ذلك قال القول قول الرجل مع يمينه .

والمستفاد من هذه الصحيحة الرجوع الى الموازين العلمية بانه يؤخذ على نحو القدر المتيقن وهو القلة دون الكثرة لأن الاصل البراءة من الزائد لعدم دخول الشك بين القلة والكثرة في الواجب الارتباطي وانما القلة والكثرة بنحو الواجب الانحلالي .

واما الصورة الثالثة فاذا ذكرنا في الزواج عدم لحاظ التحديد في القلة والكثرة وإن وردت بعض الروايات ما ظاهرها الالتزام بالتمسك بسنة الرسول في صداق فاطمة (ع) كما ذهب اليه المرتضى والاسكافي والصدوق بمقدار خمسمائة درهم وذهب الشهيد الاول الى الكراهة بان لا يتجاوز المهر السنة إلا انه ذكرنا انه خلاف الظهور القرآني مع كثرة الروايات على الاعطاء في الكثرة .

ثم ان ذكرنا هناك لو فرضته ما يقابل البضع من غير نظر إلى جهة المهر ودخل بها كان عليه مهر المثل .

فاذا وقع نزاع بين الزوجين على إثبات المهر بأي شكلية يكون الرجوع إلى مهر المثل .

---

(١) الطلاق ص ٢٦٨ .

وإن كان صاحب الحدائق اسقط المثلية لعدم تحققها في المجتمع النسائي والمثلية انما توجد اذا توافق النوع والصنف معاً على وجود شيء فاذا انفرد النوع عن الصنف في خطٍ خاص لم تتحق المثلية بشكلها المطلوب وليس ميزان المثلية ان تقع في قالب النوع والجنس .

إلا أن الذي نلحظه هو المثلية العرفية في الميدان الشرعي دون المثلية الدقية في الميزان العقلي وعلى هذا يقع بين المجتمع النسائي مثلية وان اختلفت امرأة مع امرأة في بعض المشخصات الفردية إلا أن الطابع العام يعطي تلك اللوحة النوعية من غير تفاضل في جانب الفصلية .

وأما الصورة الرابعة : إن كانت الدعوى على وجودين متباينين من غير نظر إلى جهة القيمة فيهما كدارين وفرشين فيكون على كل منهما اثبات البينة والا يكون اخر المطاف القسم ان لم توجد البينة .

الدعوى في تعجيل المهر وتأجيله

تقرر في بحثنا حول الزواج وانها معاوضة في الجمله ومقتضى المعاوضة التعجيل في المهر دون التأجيل سواء كانت الزوجية مستقرة على عنوان المعاوضة التامة او المعاوضة في الجملة فالظاهر مع الزوجة في التعجيل وعلى الرجل اقامة البينة في التأجيل حيث انه على خلاف الظاهر .

الدعوى على صحة العين وفسادها

لو ادعى الزوج تقديم العين صحيحة وادعت الزوجة فساد العين وانما اصدق معيبة وليست بصحيحة فالقول قول الزوج وعلى الزوجة الاثبات لأن الظاهر معه وهي على خلافه .

الترديد في المهر وجهالته

ذكر سماحة الوالد الترديد في المهر على صور لاباس بذكرها توضيحاً للمقصود :

١ ـ أن يكون بنحو الكلي في المعين .

٢ ـ أن يكون بنحو الكلي القابل للانطباق على كل فرد .

٣ ـ الترديد بنحو الواقع بين فردين .

٤ ـ الترديد في الواقع بالنظر إلى المفهوم المردد او الجهالة في الواقع .

واما في صورة انطباق الكلي على كل فرد لم يكن المهر مجهولا لانه في صورة الانطباق يعطي دور التعيين وكذا لو كان بنحو الكلي في المعين .

واما بالنظر إلى بقية الصورة المرددة بحسب الواقع الفردية او المفهومية التي لا حقيقه لها فالمرجع الى مهر المثل .

وخالف في هذه النظرية صاحب الحدائق حيث انه جوز المهر المجهول مستدلاً بصحيحة محمد بن مسلم المتضمنة طلب المرأة التزويج من رسول الله (ع) فقال (ص) للرجل اتحسن من القرآن شيئاً قال نعم قال قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها اياه .

وظاهر الصحيحة تدل على صحة الجهالة في المهر بحسب الآيات القرآنية التي لا تعلم العدد ولا السور فالتعبير منه (ع) على ما تحسن من القرآن ترديد غير معلوم وقد جوزه الرسول (ص) .

إلا أن الذي نرتئيه في هذا الموضوع ان الغرر والجهالة لم تقع على عنوان المهر بحسب الواقع وانما الجهالة بحسب نظر الزوجة وهذا غير مضر بحسب الجهالة الظاهرية دون الواقعية كما عليه رأي سماحة الوالد[1] حيث ان المقدار المحفوظ المتعين عند الزوج وإن لم تعلم به الزوجة .

---

(١) الطلاق ص ٢٧٢ .

الاعتراف بالمهر

لو اعترف بالمهر وتسليمه لها بعد الدخول ولكنها انكرت التسليم فالأصل يقتضي انشغال ذمته .

إلا أنه ورد في رواية حسن بن زياد عن أبي عبد الله (ع) قال اذا دخل الرجل بأمرأته ثم ادعت المهر وقال الزوج قد اعطيتك فعليها البينة وعليه اليمين .

ويمكن أن تكون مخصصة لقواعد القضاء كما سار عليه سماحة الوالد او لإعراض الاصحاب عنها كما ذكره في الحدائق .

والذي نعتقده ان الاصل يقتضي اشتغال ذمة الزوج فلابد من الخروج عن العهدة الا بالبينة على اثبات الدفع لها مع أن الرواية غير معتبرة عند الاصحاب .

هذا مع أن السيرة من الائمة على كون المهر يسلم اليها اولاً غير ثابتة قطعاً فلا يتناسب مع افق الرواية وان حصل في بعض المجتمعات تسليم المهر لها اولا فلا نسلمه في كافة المجتمعات الأخرى بتسليم المهر لها اولاً لأنه قد تكتفي بتلك المجتمعات بوجود المهر في الذمة وانما يقدم شيئاً رمزياً للزوجه من غير لحاظ المهر فيه او بنحو الجزء منه والمهر الكلي باق ومشتغل في ذمة الزوج .

وقوع عقدين على امرأة

إذا وقع عقدان على امرأة فاما أن يكونا بنحو التأسيس او التأكيد .

اما وقوع العقد مكرراً بنحو السببية فلا تتم السببية إلا بحصول موجبات البينونه من الطلاق أو الفسخ أو الارتداد وعند عدم البينة على ثبوت

الموجبات فالقاعدة تقتضي التأكيد دون التأسيس فلا مهر للعقد الثاني واما بنحو التأسيس فالمرجع الى مهر المثل في العقد الثاني مع الحلف على تسليم المهر لها في العقد الاول والا كان مشغول الذمة بمقتضى الاصل باستقرار مهرين في ذمته .

اخبار الزوجة بالرجوع

هل الميزان في الرجوع وصول الخبر إليها أو ان المدار في الرجوع الواقعي سواء وصل الخبر اليها ام لا .

والذي نعتقده هو الرجوع الواقعي كما تدل عليه الاخبار كما ورد عن محمد بن مسلم قال سئل أبو جعفر (ع) عن رجل طلق امرأته واحدةً ثم راجعها قبل ان تنقضي ولم يشهد على رجعتها قال هي أمرأته ما لم تنقض العدة وقد كان ينبغي له ان يشهد على رجعتها فان جهل ذلك فليشهد حين علم ولا ارى بالذي صنع بأساً وانِ كثيراً من الناس لو أرادوا البينة على نكاحهم اليوم لم يجدوا احداً يثبت الشهادة على ما كان من امرهما ولا ارى بالذي صنع بأسا وان يشهدا حسن[1] .

وعن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سألته عن رجل طلق امرأته واحدة قال هو املك برئيه ما لم تنقض العدة قلت فان لم يشهد على رجعتها قال فليشهد قلت فان غفل عن ذلك قال فليشهد حين يذكر وانما جعل ذلك لمكان الميراث[2] .

فالمستفاد من الخبرين ان الشهادة انما تفيد في مقام الدعوى وإلا فهي امرأته بحسب الواقع من غير ملاحظة ايصال الخبر لها على نحو الموضوعية .

---

(١) الوسائل باب ١٣ من ابواب اقسام الطلاق .

(٢) الوسائل .

خلافاً لما ذكره سماحة الوالد من اعتبار الرجوع عند الايصال لا الايصال الواقعي وما استفاده من رواية حسن بن صالح قال سألت جعفر بن محمد (ع) عن رجل طلق امرأته وهو غائب في بلدة أخرى واشهد على طلاقها رجلين ثم انه راجعها قبل انقضاء العدة وقد تزوجت فارسل إليها إني كنت قد راجعتك قبل انقضاء العدة ولم اشهد قال لا سبيل له عليها .

فإن هذه الرواية ظاهرة في أثر الاشهاد للطلاق لا في مقام ايصال الخبر لها وعدمه ولذا لو صدقته على قوله لاطمئنانها بدينه لا يمكن القول بصحة زوجيتها للثاني .

وهذا مع انه لا وجه لإثبات القرينة القطعية لإثبات الرجوع بناء على موضوعية الاشهاد كما ذهب اليه سماحة الوالد نعم على ما نلتزم به من كون الاشهاد اخذ بنحو الطريقية للواقع فاذا ثبت قرينة يمكن الالتزام بها .

هذا مع ان رواية حسن بن صالح صريحة بعدم الاشهاد بقوله ولم اشهد وهي دالة على عدم صحة الرجوع في مقام الدعوى وليست ناظرة إلى جهة موضوعية الاشهاد او عدمها .

اقل القرء

يتصور اقل القرء ستة وعشرين يوما ولحظتين او ثلاثة وعشرين يوما إلا انه قول نادر ولا يصح الرجوع بعد انقضاء تلك الفترة وقد تكون العدة ثلاثة وعشرين يوما الا انه قليل الوقوع هذا بالنظر إلى الحرة .

وأما الامة فعدتها ثلاثة عشر يوما ولحظتان .

ومما يستثنى عدم البينة للمرأة اذا ادعت انقضاء عدتها فالقول قول المرأة مع اليمين كما جاء عن صحيح زرارة عن ابي جعفر (ع) الحيض والعدة

إلى النساء اذا ادعت صدقت وفي قوله تعالى : ﴿ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن﴾ .

ويكون سير هذه الرواية والآية إلى ان النساء قد ارجع بعض الجهات لهن من غير اقامة البينة وذلك :

١ ـ في الحيض ٢ ـ في الطهر ٣ ـ في الحمل كل ذلك ما لم تكن متهمة .

ويتفرع على ذلك لو ادعت المرأة بانقضاء العدة في اقل الحيض من ستة وعشرين يوما ولحظتين كأن تقع من لحظتين اما بعد وقوع الطلاق او توجد العدة بمجرد الطهر الثالث فإنه يوجب الخروج عن العدة فاذا كان الميزان انقضاء القرء بمجرد الدخول في الطهر الثالث فانه لا يصدق جهة التمامية الا على الانقضاء وان كان يكفي بمجرد الدخول فالعدة قد انقضت ولا تصح الرجعة بعد ذلك .

فاذا ادعت انقضاء العدة في الاشهر وكان التاريخ مجهولاً لا يؤخذ بمقالة الزوج لأن الشك وقع في زمان ايقاع الطلاق ومقتضى الاصل في هذا المجال بقاء العدة واستمرارها .

هذا مع فرض عدم التمسك بصحيحة زرارة في قول ابي جعفر (ع) الحيض والعدة الى النساء يكون مقدماً على الاصل والذي يبدو لدينا عدم استصحاب العدة والقول قولها .

الارتداد

يقع الارتداد تارة من الزوج واخرى من الزوجة حين ثبوت الزوجية او بعد الطلاق قبل انقضاء العدة .

ولابد من عرض حقيقة الارتداد هل هو مخرج لحقيقة الزوجية او انه يوجب عدم السلطة عليها من غير خروج عنوان الزوجية .

وذهبت جمهرة من الفقهاء إلى عدم موضوعية الزوجية ويكون قولهم غير مبتن على ثبوت العلقة الزوجية في المطلقة الرجعية .

إلا أنه يمكن تصوير الابتناء وعدمه في صورة عدم خروج الزوجية في مورد الارتداد على أن المطلقة الرجعية زوجة او عدم الزوجية وانها كالبائن إلا أن الذي نتصوره ان الارتداد مخرج لحقيقة الزوجية وانه فسخ تام وبهذا لا يمكنه الرجوع في العدة ولا يبتني على ثبوت العلقة في المطلقة الرجعية وعدمها .

المحلل

يعتبر المحلل من الامور المجوزة للدخول في دائرة الزوجية بعد الطلاق الثالث .

وقد اتفق عليه الفقهاء ما سوى الصدوق في كتابه من لا يحضره الفقيه حيث جوز التزويج بعقد جديد من غير محلل بشخص آخر ويمكن استدلاله برواية ابي بكير عن ابن جعفر قال الطلاق الذي يحبه الله والذي يطلقه الفقيه وهو العدل بين المرأة والرجل ان يطلقها في استقبال الطهر بشهادة الشاهدين وإرادة من القلب ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء فاذا رأت الدم في اول قطرة من الثالثة وهو آخر القرء لأن الإقراء هو الاطهار فقد بانت منه وهي املك بنفسها فان شاءت تزوجته وحلت له بلا زواج فان فعل بها مائة مرة هدم ما قبله وحلت له بلا زواج وان راجعها قبل ان تملك نفسها ثم طلقها ثلاث مرات يراجعها ويطلقها لم تحل له إلا بزوج .

وبهذا المضمون ما ورد عن المعلى بن خنيس عن أبي عبد الله (ع) في

الرجل يطلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يراجع ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض قال له أن يتزوجها ابدا ما لم يراجع ويمس .

وعن صحيح عبد الله بن سنان قال اذا طلق الرجل امرأته فليطلق على طهر بغير جماع وشهود فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث وبطلت التطليقة الأولى فان طلقها اثنتين ثم كف عنها حتى يمضي الحيضة الثالثة بانت منه باثنتين وهو خاطب من الخطاب فان تزوجها بعد ذلك فهي عنده على ثلاث تطليقات وبطلت الاثنتان فان طلقها ثلاث تطليقات على العدة لم تحل حتى تنكح زوجاً غيره .

إلا أن هناك رواية معارضة سار عليها المشهور كما في صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (ع) في رجل طلق امرأته ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير ان يدخل بها حتى فعل ذلك ثلاثا قال لا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره .

وعن الحسن بن زياد عن ابي عبد الله (ع) قال سألته عن طلاق السنة كيف يطلق الرجل امرأته فقال يطلقها في طهر عدتها من غير جماع بشهود فان طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو اجلها فقد بانت منه وهو خاطب من الخطاب وإن راجعها فهي عنده على تطليقة ماضية وبقي تطليقتان وإن طلقها الثانية ثم تركها حتى يخلو اجلها فقد بانت منه وان اشهد على رجعتها قبل ان يخلو اجلها فهي عنده على تطليقتين ماضيتين وبقيت واحدة فان طلقها الثالثة فقد بانت منه ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وهي ترث وتورث ما كان له عليها رجعة من التطليقتين الاولبين .

وعن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله (ع) قال قال امير المؤمنين (ع)

إذا اراد الرجل الطلاق طلقها من قبل عدتها بغير جماع فانه اذا طلقها واحدة ثم تركها حتى يخلو اجلها ان شاء أن يخطب مع الخطاب فعل فان راجعها قبل أن يخلو اجلها او بعده كانت عنده على تطليقة فان طلقها الثانية ايضاً فشاء ان يخطبها مع الخطاب ان كان تركها حتى يخلو اجلها وإن شاء راجعها قبل أن ينقضي اجلها وان فعل فهي عنده على تطليقتين.فان طلقها الثالثة فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره وهي ترث وتورث ما كانت من الدم من التطليقتين الاولين .

ومن مجموع العرض الروائي يثبت لدينا ان هذه الاخبار الملزمة بالتحليل اصح سنداً واوضح دلالة .

ولا يعبأ بمقالة الصدوق للاتفاق بين الامامية قبله وبعده على اثبات المحلل ولا مجال للمرجحات من موافقة العامة وعدمها لعدم التساوي بين الاخبار للقائل بعدم المحلل ويقع المحلل في إطار الطلاق العدي .

الطلاق الخلعي

ورد الخلع بضم الخاء هو النزع استفادة الطلاق الخلعي بمعنى النزع يتناسب مع الآية الكريمة هن لباس لكم وأنتم لباس لهن ويكون المعنى ان الزوج والزوجة لما كانا بمثابة اللباس الآخر امكنه أن ينتزع ذلك اللباس منه ويختلعه عنه .

ويتحقق الطلاق الخلعي بالعلم بالكراهة من قبل الزوجة وإظهار الكراهة امام الزوج كما ورد عن صحيح الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال لا يحل خلعها حتى تقول لزوجها والله لا ابُر لك قسما ولا اطيع لك امراً ولا اغتسل لك من جنابة ولاأطئن فراشك ولاتين غيرك بغير اذنك وقد كان الناس يرخصون فيما دون ذلك هذا فاذا قالت المرأة ذلك لزوجها حل له ما اخذ منها .

وعن ابي بصير عن ابي عبد الله (ع) قال ليس يحل خلعها حتى تقول لزوجها ما تعرضت الروايات له ثم قال ابو عبد الله (ع) وكان يرخص للنساء

في ما دون هذا فاذا قالت لزوجها ذلك حل خلعها وحل لزوجها ما اخذ منها .

والمستفاد من مجموع هذه الروايات وغيرها ان تظهر الزوجة الكراهه امام الزوج قولاً او فعلاً .

الا انه يمكن تصوير المعارضة بين صحيحة الحلبي المعبرة عن ترخيص الناس بما دون هذا وبين رواية ابي بصير وغيرها على الترخيص في ايقاع الطلاق الخلعي في اقل ذلك من إبراز الكراهة .

ويكون تقديم صحيحة الحلبي لمخالفتها لابناء العامة واما الروايات الاخرى التي تشير الى الترخيص بالأقل في اظهار الكراهة والنفورة فهي موافقة لابناء العامة .

وقد ناقش سماحة والدنا صحيحة الحلبي في قوله لعل الذي يظهر من مجموع الروايات من ضم بعضها إلى بعض هو إظهار الكراهة باحد العبارات وحيث ان المتسالم عليه في باب الخلع على عدم الحاجة إلى تصريح الزوجة لأوطئن فراشك غيرك فتقدم عند ذاك الروايات الظاهرة في كفاية الاقل من ذلك كما صرحت به بعض الاخبار من ان تنطق بجملتها او ببعضها .

على ان رواية الحلبي لا يمكن الالتزام بمدلولها في هذه الفقرة لأنها وإن لم تكن زانية إلا أن التعبير بمثل ذلك والتصميم منها جداً بفعل هذا موجب لتعزيرها فكيف يسوغ الشارع المقدس صحة طلاق الخلع وجواز وقوعه بارتكاب هذا الذنب وجواز لقاء هذا التعبير منها وليس في روايات الباب بيان تعزيرها ومن المظنون قريباً ان عدم الاعتناء بهذه الفقرة من رواية الحلبي من الاصحاب وعدم عدها معارضة للروايات الآخر كان من الناحية التي ذكرناها .

وهناك وقفة في اتجاه الصحيحة بسبب تفرع نظريتين :

احدهما : تقديم الجهة قبل الظهور دلالة كما هي نظرية صاحب الحدائق والرشتي وغيرهما ومقتضى ذلك عدم التمسك في الصحيحة لأنها في ابتداء الامر موافقة لابناء العامة فتكون ساقطة انما يتمسكون بتقديم الا ظهر على الظاهر في مورد الجمع الدلالي اذا كانت الروايتان مخالفتين لابناء العامة او كانتا موافقتين لها دون ما لو كانت صورة احد الروايتين موافقة والاخرى مخالفة ولازم قول صاحب الحدائق والرشتي الغاء روايات كثيرة وطرحها عند الموافقة .

ثانيهما : تقديم الدلالة والظهور على الجهة وبهذا تكون اثار هذه النظرية عدم طرح الاخبار بمجرد المخالفة وانما المتبع موارد الظهور والدلالة .

والذي نلحظه من عبارات الكراهة في هذه الصحيحة وغيرها الكشف عن عنوان الكراهة الطريقية دون الموضوعية .

ولا تختص الكراهة في طرف الزوج بل تعم حتى بالنسبة الى ايذاء الابوين او لعدم تحمل الوطء وتعم الكراهة ايضاً حتى للارحام والبلاد .

اعتبار الصيغة

اختلف الامامية في اعتبار صيغة خاصة في الطلاق الخلعي :

فذهب صاحب الجواهر الى مطلق الدال على وجود الطلاق الخلعي ولو بالقرائن الخارجية والكنايات واستشهد له بتحقق الجملة الاسمية وقال بكفاية الدال في كافة العقود والايقاعات .

وذهب صاحب الحدائق إلى صحة استعمال الألفاظ في الدلالة على وجود المعنى من غير اختصاص بصيغة خاصة .

إلا أن الذي نرتئيه عدم صحة استعمال الالفاظ الكنائية او الاكتفاء بالقرائن الخارجية وانما اللفظ لابد ان يكون كاشفاً للايقاع صراحة للموضوع

له وهو مفهوم الانشاء فاذا استند اللفظ الى القرائن فلا يكون اللفظ بنفسه دالاً وعلى هذا لابد من اعتبار صيغة خاصة تدل على ايقاع الخلع .

واما تعدد العبارات في الدلالة على الكراهة لا يعطي موضوعية الطلاق الخلعي وعدم اعتبار الفاظ مخصوصة بالنسبة للزوجة للزوج لا يدل على انها تكفي لإيجاد حقيقة الطلاق الخلعي كما تصوره سماحة الوالد[1] . ويمكن تحوير البحث إلى صياغة أخرى .

وهو ان الدلالة الالتزامية العقلية هل هي نفس الدلالة الالتزامية اللفظية في كون اللفظ دالاً على كون المعنى المقصود منه اللفظ ام لا .

والذي يبدو ان الدلالة الالتزامية العقلية لا تدل على ان اللفظ يكون وجوداً تنزيلياً لوجود المعنى وانما تفيد التلازم بعد ظهور المعنى ثانياً ما وراء الدلالة المطابقية وهي كما ذكره سماحة الوالد دلالة ثانوية على المعنى لا من باب الدلالة بالعرض والمجاز .

وبهذا البيان اتضح ان الدلالة الثانوية لا تعطي الصيغة الاصلية لطابع المعنى الايقاعي الذي حمله اللفظ .

الخلع والطلاق

نتعرض الى فقرة جديدة في البحث حول عرضية الخلع مع الطلاق او ان الخلع من مصاديق الطلاق .

وعند ملاحظة الاخبار الواردة عن ائمة الشيعة (ع) تقع بين اتجاهين الاول العرضية والثاني الدخول في المرتبة الجنسية ويكون ذكر الخلع بعد الطلاق من نوع الفصل بعد الجنس .

---

(١) الطلاق ص ٣١٢ .

فاذا وقع الخلع في عرض الطلاق وانه من نوع التباين بين الفردين فهل وجود المباينة يستدعي ان يكون فسخاً كما عن ابن حنبل والشيخ ام لا يكون فسخاً .

الذي يبدو ان الفسخ يقع على الامور العقدية حتى يوجب حلها بعد ابرامها ولا يدل فيه على رفع العلقة بين الزوجين .

وبالجملة أن الفسخ يقع على العهد والعقد ولا يقع على الامور الايجادية كما في الطلاق والوقف ونحوهما فيكون مورده العقد دون الامور الانشائية .

واما بالنسبة الى الخلع مع الطلاق فظاهر بعض الروايات النظر إلى اختلاف الحقيقة فيهما الا انه عند الملاحظة نجدها تشير إلى اعمية الطلاق للخلع لأنها تعطي صفة الجنس بالقياس الى الفصل وليس بينهما اختلاف ماهوي كما في الرجعي والمباراة من غير اختلاف بينهما فهي كلها من طبقة واحدة وهي في عداد الطلاق الا انها تختلف بحسب الخصوصيات .

كما أن الطلاق من الامور الانشائية وليس داخلاً في دائرة العقود والمعاوضات ولا يرد كون اخذ الفدية في الطلاق الخلعي موجباً لصيرورته معاوضة لأن الشرط في مجال الايقاع اخذ بنحو الوجود الانضمامي دون حدوث الشرط على ذات الايقاع حتى يرفعه عن كيانه الانشائي .

وإن كنا لا نرتئي نظرية الوالد في عدم المنافاة بين الشرطية والايقاع[1] اذا قدر كون الشرطية تأخذ دور التعليق على ذات الايقاع المؤدي للمعنى الانشائي فلا يمكن الجمع بينهما إلا ان يكون المقصود بما ذهبنا اليه من الوجود الانضمامي كما يبدو من شرطية الوقف على البالغ وقبول الوصية من الرشيد

---

(١) الطلاق ص ٣١٥ .

أيضاً هذا مع كون الشرطية في الطلاق يؤدي مفهوماً واحداً بخلاف الشرطية في المعاوضات فانها توجد تعدد المطلوب . وأما تعقب الطلاق بقبول المرأة فوراً بحيث عند عدم التعقب يوجد بطلان الطلاق كما ورد بان الطلاق بالعوض لم يقع لانتفاء شرطه فهذا ايضاً لا يستدعي كونه من المعاوضات لأنه كما اشرنا ان الشرطية لم تقع بنحو الوجود الاتحادي مع الطلاق وانما وجودها اخذ بنحو الانضمام على نحو فناء وجود التعليق بازاء وجود المعنى الانشائي ولا يلزم الاشكال في اخذ التعليق في المعنى الانشائي .

وبالجمله ان الشرطية منخفضه ملاكاً لا منطوقاً ودلالة فلا يضر المعنى الانشائي بهذا النحو فاذا أفتقد الطلاق الشرطيه فلا يوجب بطلان الطلاق لتخلف الشرط كما في المعاملات وانما يكون البطلان لعدم القصد إلى موضوعية الطلاق بهذا الوجود الواحد كما عليه في المدارك ايضاً .

إلا أن نقول ان الطلاق الخلعي يسير في ركاب المعاوضات كما عن الحدائق فيكون مناسباً لجريان الشرطية فيه الا انه خلاف ما عليه واقع الخلعي لأنه لم يخرج عن دائرة الانشاء وهو من الايقاعات دون العقود لأن الخلع من قبيل الفصل الى الجنس .

وأما على القول يكون الخلع حقيقة مبايناً لحقيقة الطلاق فلا يوجب بطلان الخلع اذا لم يأت بالفدية وان كان التحقيق كما اوضحناه ان الخلع فصل من الجنس وهو الطلاق .

الحاق صيغة الطلاق بالخلع

اختلفت الروايات في الحاق صيغة الطلاق بالخلع وعدمه فعن المفيد والصدوق والعلامة وابن الجنيد كما حكى ايضا عن علم الهدى في المسائل الناصرية ان مجرد اطلاق الخلع كاف في صدق الابانـة من غير ارتكازها على

ذكر الطلاق بعد ذلك . وذكر انه لابد من الالحاق كما هو المقرر من الروايات على رأيين .

فقد ورد في صحيح حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) قال عدة المختلعة عدة المطلقة فخلعها طلاقها فهي تجزي من ان يسمى طلاقاً .

وهكذا في رواية زرارة عن ابي جعفر (ع) قال لا يكون الخلع حتى تقول لا اطيع لك امرا ولا يكون ذلك الا عند سلطان فاذا فعلت ذلك فهي املك بنفسها من غير ان يسمى طلاقاً .

وفي صحيح سليمان بن خالد قال قلت أرأيت ان هو طلقها بعدما خلعها ايجوز عليها قال ولم يطلقها فقد كفاه الخلع ولو كان الامر الينا لم يجوز طلاقها وهناك روايات اخرى في هذا المضمون .

ولكن هناك روايات تصرح بمقارنة الطلاق بالخلع كما جاء في الكافي عن العبد الصالح قال : علي (ع) المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في العدة .

وعن ابي الحسن الاول (ع) قال المختلعة يتبعها بالطلاق مادامت في عدة . والذي نلاحظه من مجموع الروايات يستفاد منها ان القائله بعدم مقارنة الطلاق للخلع موافقة لابناء العامه فلا يتمسك بها ولا يصغى الى ما في الحدائق من تقديم الروايات الأولى لصحة سندها ووضوح دلالتها لانها تتماشى مع مسلك العامة هذا مع ما نراه من طرح الروايات المؤيدة لابناء العامة كما في مقدمته من تقديم الجهة في الدلالة هذا مع ان المقام هو المعارضة بين موافق ومناف والرجوع الى الاظهرية في الدلالة في صورة موافقة الروايتين للعامة او مخالفتين لها لا في صورة احدهما موافقاً والآخر منافياً .

إلا ان صاحب الجواهر اخذ بالروايات الأولى لظهورها وهي عدم الحاق الطلاق بالخلع وانما توجد البينونة بمجرد الخلع بدون حاجة الى الحاقه

بالطلاق هذا مع ضعف السند في بعضها وقال ويمكن حمل الروايتين القائلة بالالحاق ما إذا رجع وطلق .

وقد ناقشه سماحة والدنا وقال فيه واما مناقشته بسند الخبرين المتعارضين بالحاق الخلع بالطلاق بضعف السند فلا وجه له خصوصاً على مسلكه من جبر الخبر الضعيف بالعمل ولو بعمل جماعة من الفقهاء والمفروض ان كثيراً منهم كالشيخ وابن زهرة وجماعة عملوا بمضمون الخبرين واعتبروا سندها[1] .

هذا والذي نتأمله بعد كون الطلاق يحكي عن المرتبة الجنسية والخلع يحكي عن المرتبة الفصلية فلا معارضة بين الروايات ويكون الحكم هو الالحاق ولا وجه لطرح الروايات لكونها موافقة لابناء العامه .

واما ما تعرض اليه الوالد يكون زمن للموافقة والمخالفة من زمن الامام علي (ع) إلى زمان الصادق والكاظم (ع) غير تام لأن الأحكام المقررة باخذ ما وافق الكتاب أو الرشد في خلافهم ونحوهما من نوع هذه المضامين جيئت بنحو القضايا العامه الحقيقية دون القضايا الشخصية فلا ترتبط بفترة زمنية لخصوصية زمان أو أفراد فالتمسك بالموافقة والمخالفة يعتبران بما يكون مذهباً لهم ديناً سواء كان لرأي أبي حنيفة أم للامام أحمد أو لغيرهما .

فروع متصيدة

١ ـ الطلاق الخلعي من مصاديق الطلاق حقيقة وليس أمراً منافياً له .

٢ ـ الطلاق الخلعي ليس من الفسخ كما أنه ليس من الانفساخ لان الفسخ موطنه الامور العقدية ويعطي دور الانفساخ اعدام موضوع الحكم دون حل الربط .

---

(١) الطلاق ص ٣٢٠ ـ ٣٢١ .

٣ ـ لو قدر كون الطلاق الخلعي فسخاً لما استدعى التكرار ثلاث وان تصور الجواهر بجريان احكام الطلاق على الفسخ لو قدر كون الخلع فسخاً إلا انه في الحقيقة ليس الخلع من موارد الفسخ بشيء أصلاً كما لا يستفاد ذلك من النصوص والايات كذلك .

٤ ـ تعرض صاحب الشرائع ان الطلاق مع الفدية بدون اتيان لفظ الخلع يكون بائناً ولكنه خلاف ما يستفاد من الروايات .

٥ ـ اظهار الكراهة من قبل الزوجة فلو طلق الزوج عند البذل من الزوجية ولكن لم تظهر الكراهة لا يقع خلعاً لأن الاظهار له موضوعية في عنوان الطلاق الخلعي فالبذل بعنوان الخلع لا اثر له ما لم تظهر الكراهة صراحة كما يدل عليه الاخبار دون مجرد البذل والكتمان .

ويبدو أن العامة يرون ثبوت الطلاق الخلعي بمجرد البذل وإن لم تكن كراهة ظاهرية او واقعية مكتومة إلا أن التحقيق من فقه أهل البيت (ع) ظهور الكراهة بنحو الموضوعية الدالة في قولها أني لا اطيعك ولا اغتسل لك من جنابة ولا اجتمع معك في فراش ونحوه .

الفـدية

يقع البحث في عدة موضوعات رئيسية حول الفدية ونبحث اولا من زاويتين :

١ ـ الفدية بنحو الشرط .

٢ ـ الفدية بنحو المقومية .

أما الكلام في الزاوية الأولى بان تكون الفدية من نوع الشرط لوقوع الطلاق الخلعي لأن له التأثير في فعلية الشيء كما هو المناط في دور الشرط من غير فرق بين كونه متمماً لقابلية القابل اومصححاً لفاعلية الفاعل .

وذهب الفقهاء رضوان الله عليهم إلى الشرطية وتمسكوا عند رجوعها بالبذل بلزوم الطلاق إلا أنه فاقد للبذل وليس مؤثرا في البطلان عند رجوعها ولا يكون عند الرجوع موجباً لانقلاب الخلعي الى الطلاق الرجعي .

وأما الكلام من الزاوية الثانية وهي أن تقع الفدية بنحو المقوم لحقيقة الشيء ويتفرع على ذلك عدم استملاك الفدية اذا كانت مما لا تستملك

كالخنزير والخمر وعدم صحة الطلاق اذا كانت الفدية من الجنس المعيب يوجب بطلان الطلاق ايضاً وعدم الخيار له لأنه لا مجال للخيار بين الامضاء والفسخ .

والتحقيق ان الفدية من الشرائط دون المقومة لحقيقة الشيء لأنه كما اشرنا اليه عند رجوع الزوجة بالبذل لا يرجع الى الطلاق الرجعي ولا يكون موجباً لبطلان الطلاق .

الفدية مما تستملك

لا تصح الفدية من الاجناس التي لا تستملك كالخنزير والكلب والخمر سواء كان عدم الاستملاك بالنظر إلى وجود المالية فيه كما مثلنا أو مما لا مالية له كالحشرة .

فلو قدر كون الزوجة ذمية وصح الزواج منها دائماً وافتدت من الخمر او الخنزير الذي لا يمتلكه المسلم فعلى الشرطية لا يوجب البطلان وعلى المقومية يوجب بطلان الطلاق .

إلا أنه يمكن المناقشة بان الزوج اذا لم يقصد الطلاق اذا كانت الفدية من الخمر والخنزير فلا يصح الطلاق لعدم قصده واما اذا وقع الطلاق على نفس ذلك الفداء الذي لا يمتلك فالطلاق صحيح الا انه لا يملكها .

وكذا في صورة جهل المرأة عند بذلها المال لا يستملك او كان الزوج جاهلاً به فيكون الحكم كالسابق من حيث قصده لايقاع الطلاق وعدمه .

الاعتبار في الفدية قبضها

لا يتحدد القبض بالعين وانما يعم العين او منشأ الانتزاع كالمنافع ولابد ان يكون القبض فعلياً دون مرتبة الانشاء او التعليق اوعدم رفع اليد على

الملكية فلا يكون محققاً لعنوان البذل اما اذا رفعت يدها عن العين ولم يكن من قبل الزوج مانع في القبض وتلفت العين تحت يدها تكون ضامنة عيناً او مثلاً او قيمة وهذه المراحل يستفاد من حديث على اليد ما اخذت حتى تؤدي وتأتي قاعدة على اليد على مذاهب .

١ ـ ان يكون الاستيلاء الذي تحت اليد صار على اليد وهو رأي العراقي وبيانه ان دور السلطنة الذي كان اليد صار منقلباً إلى ما فوق اليد وتكون العين المسيطر عليها معنونة بثلاث حيثيات :

أ ـ حيثية الوجود العيني . ب ـ حيثية الوجود النوعي او الصنفي ج ـ حيثية القيمة فيكون الترتيب بين هذه الحيثيات على نحو الوجود الخارجي والاعتباري بنظر العقلاء والا فالشارع قد اعتبرها في عرض واحد .

٢ ـ يقع الضمان على عاتق المستولي والذي وقع فوق اليد صار تحت اليد بحكم الشارع وضعاً واعتباراً ولكن الضمان يقع على خصوص العين دون المراتب الثلاث وانما الذي على اليد هو العين دون المثل والقيمة ولكنهما يكونان من لوازم العين وهذا المذهب للخراساني وللشيخ الاصفهاني .

٣ ـ الضمان اولا على العين لانـه المرتبة الكاملة كما في قاعدة الميسور وبقية المراتب من المراتب الناقصة على نحو تعدد المطلوب .

٤ ـ مجرد رد العين من غير نظرٍ إلى تلك المرتبتين فيكون الحكم برد العين حكماً تكليفياً .

٥ ـ نظر الحديث الى الحكم التكليفي فيمن لم يتلف المال تحت يده وحكم وضعي ان لم يتلف المال تحت يده وهذا الرأي لصاحب الجواهر .

٦ ـ مفاد الحديث الضمان بالقوة دون الضمان بالفعل فيكون دور ضمان اليد عند التلف لا في مرحلة وجود العين ولكن عند التلف تقع الايادي

ضامنة كافة وهذا المذهب إلى المشهور واما بالنسبة الى تعدد الايادي فعلى رأي مشهور القدامى من الامامية الضمان للايادي اللاحقة تقديري وللايادي السابقة فعلي وعلى رأي المتأخرين ان الضمان فعلي في الجميع .

المراجع

١ ـ التوراة عرض وتحليل .
٢ ـ الكنز المرصود في قواعد التلمود .
٣ ـ الناموس طبيعة المسيح البشرية واللاهوت طبيعته الالهية .
٤ ـ الحسين في الفكر المسيحي .
٥ ـ أشعة خاصة بنور الايمان .
٦ ـ الرسالة والرسول .
٧ ـ تحفة الجبل .
٨ ـ ارشاد الفحول .
٩ ـ الوجيز في أصول الفقه ـ د . عبد الكريم زيدان .
١٠ ـ الرسالة للشافعي .
١١ ـ السنة ومكانتها في التشريع الاسلامي ـ د . مصطفى السباعي .
١٢ ـ الموافقات .
١٣ ـ كشف الأسرار .

١٤ ـ الجامع الصغير .
١٥ ـ المستصفى .
١٦ ـ مبادىء نظام حكم الاسلام .
١٧ ـ الحدائق .
١٨ ـ عدة الأصول .
١٩ ـ أصول الفقه لأبي زهرة .
٢٠ ـ الاجتهاد أصوله وأحكامه ـ السيد محمد بحر العلوم .
٢١ ـ أعلام الموقعين .
٢٢ ـ تهذيب الأحكام .
٢٣ ـ زبدة الأصول .
٢٤ ـ مباني الاستنباط .
٢٥ ـ رسائل السيد جمال الكبايكاني .
٢٦ ـ الروضة البهية .
٢٧ ـ مسلم الثبوت .
٢٨ ـ شرح الغزالي في المستصفى .
٢٩ ـ شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول .
٣٠ ـ روضة الناظر .
٣١ ـ المرأة في التاريخ والشرائع لأحمد بهيم .
٣٢ ـ مجموعة حاي ابن شمعون .
٣٣ ـ المشنة نقلاً عن كوهين .
٣٤ ـ كتاب SHULHAN-ARVKI ـ لفيجدور .
٣٥ ـ رسائل بولس إلى أهل أفسس .
٣٦ ـ نيرتوليان وسترمارك .
٣٧ ـ القوانين .
٣٨ ـ كنز العمال ج ٨ .

٣٩ ـ الوسائل .
٤٠ ـ الطبيعة القانونية للخطبة . هامش د . توفيق حسن فرج .
٤١ ـ ثروت الأسيوطي .
٤٢ ـ نظام الزواج . د . شكري ثروت .
٤٣ ـ الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ـ د . حسين توفيق رضا .
٤٤ ـ الأحوال الشخصية للطوائف غير الاسلامية ـ محمد محمد نمر .
٤٥ ـ الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ فؤاد شباط .
٤٦ ـ الأحوال الشخصية للكاثوليك السوريين واللبنانيين ـ فؤاد شباط .
٤٧ ـ انجيليسكو وناز .
٤٨ ـ قانون الأحوال الشخصية السوري .
٤٩ ـ الفقه على المذاهب الأربعة ـ عبد الرحمن الخديوي .
٥٠ ـ المستدرك .
٥١ ـ المحاكمة في القضاء تقريرات الوالد المؤلف العلامة السيد حسين .
٥٢ ـ الكافي .
٥٣ ـ الاختيار لتعليل المختار .
٥٤ ـ مواهب الجليل .
٥٥ ـ نهاية المحتاج .
٥٦ ـ المغني .
٥٧ ـ مجمع البحرين .
٥٨ ـ المكاسب ـ ط . ايران .
٥٩ ـ المستمسك للسيد الحكيم .
٦٠ ـ شرح المكاسب للأصفهاني .
٦١ ـ الروضة الدمشقية .
٦٢ ـ أحكام الأسرة المصريين غير المسلمين ـ سمير تناغو .
٦٣ ـ الأحوال الشخصية لغير المسلمين ـ د . جميل الشرقاوي .

٦٤ ـ الكلم الطيب لسماحة الشيخ محمد طاهر الخاقاني .
٦٥ ـ العروة الوثقي للفقيه اليزدي .
٦٦ ـ التذكرة للعلامة .
٦٧ ـ الوجيز لأحمد سلامة .
٦٨ ـ انعقاد الزواج ركن التراضي .
٦٩ ـ الرسائل للشيخ الأنصاري .
٧٠ ـ الطلاق تقريرات سماحة الوالد المؤلف حجة الاسلام محمود محسني .
٧١ ـ نظام الأسرة بين الاقتصاد والدين ـ د . ثروت أنيس السيوطي .
٧٢ ـ شعار الخضر .
٧٣ ـ صحيح البخاري .
٧٤ ـ الجواهر .
٧٥ ـ سنن البيهقي .
٧٦ ـ المسالك .
٧٧ ـ كنز العمال .
٧٨ ـ تحفة العقول .
٧٩ ـ الأمالي .
٨٠ ـ نظام الاسرة بين الاقتصاد والدين الجماعات البدائية لبنو اسرائيل .
٨١ ـ موانع الزواج في التشريع الاسلامي المقارن لأحمد اغنيم .
٨٢ ـ موانع الزواج ـ د . شفيق اشماتة .
٨٣ ـ نظام الزواج في الشرائع اليهودية المسيحية ـ د . شكري سرور .
٨٤ ـ ابن عسال .
٨٥ ـ اللمعة .
٨٦ ـ بداية المجتهد .
٨٧ ـ تذكرة الفقهاء .
٨٨ ـ فتح القدير .

٨٩ ـ بدائع الضائع .
٩٠ ـ المبسوط .
٩١ ـ النكاح والقضايا المتعلقة به .
٩٢ ـ مغني المحتاج .
٩٣ ـ الخلاف .
٩٤ ـ الحدائق النظرة .
٩٥ ـ الحق في القانون الخاص ـ أنيسكوا .
٩٦ ـ المدخل لدراسة القانون ـ أحمد سلامة .
٩٧ ـ المدخل للعلوم القانونية ـ توفيق فرج .
٩٨ ـ فكرة الحق ـ حمدي عبد الرحمن .
٩٩ ـ مطول القانون الدستوري ـ الديجي .
١٠٠ ـ رسالة الحقوق ـ أصفهاني .

الفهرس